

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

Instituto de Derechos Humanos:

Bartolomé de las Casas



TESINA

“Una aproximación al problema de la legitimidad del control de constitucionalidad desde las teorías de la interpretación jurídica”

Presentada para optar el grado de:
Máster oficial en Estudios Avanzados en Derechos Humanos

Alumna: ANA LAURA CANNILLA MOROZOVICH

Directora: PATRICIA CUENCA GÓMEZ

**Getafe-Madrid
Septiembre de 2013.**

AUTORA: ANA LAURA CANNILLA MOROZOVICH

DIRECTORA DEL TRABAJO: PROF.^a DRA. PATRICIA CUENCA GÓMEZ

TÍTULO DEL TRABAJO: “Una aproximación al problema de la legitimidad del control de constitucionalidad desde las teorías de la interpretación jurídica”

**TRABAJO PRESENTADO PARA LA OBTENCIÓN DEL TÍTULO DE MÁSTER
OFICIAL EN ESTUDIOS AVANZADOS EN DERECHOS HUMANOS**

INSTITUTO DE DERECHOS HUMANOS “BARTOLOMÉ DE LAS CASAS”

UNIVERSIDAD CARLOS III DE MADRID

GETAFE, SEPTIEMBRE DE 2013

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN

II. INTERPRETACIÓN JURÍDICA E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

- 1) Teorías de la interpretación jurídica
 - a) Teoría cognitiva
 - b) Teoría escéptica
 - c) Teoría intermedia
- 2) La no especificidad de la interpretación constitucional

III. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

- 1) El *sentido fuerte* del control de constitucionalidad
- 2) Origen norteamericano y trasplante a Europa
- 3) La “dificultad contramayoritaria”

IV. DE UNA TEORÍA SUSTANTIVA A UNA TEORÍA ADJETIVA DE VALORES

A) El control de constitucionalidad de las leyes como garantía de protección sustancialista de los derechos fundamentales: R. Dworkin

1) *El concepto de derecho y la teoría de la interpretación jurídica en R. Dworkin: el “derecho como integridad” y la concepción cognitiva de la interpretación jurídica.*

2) *La relación entre democracia y Constitución y la institución de la judicial review en R. Dworkin: la democracia de fines y los guardianes de la moral pública.*

B) El control de constitucionalidad de las leyes como garantía de protección procedimentalista de la democracia: J. H. Ely.

1) El concepto de derecho y la teoría de la interpretación jurídica en J. H. Ely: la “textura abierta” del derecho y la concepción intermedia de la interpretación jurídica de H. L. A. Hart.

2) La relación entre democracia y Constitución y la institución de la judicial review en J. H. Ely: la democracia como mercado y la corte como árbitro.

V. DEL POPULISMO CONSTITUCIONAL A LA DEMOCRACIA CONSTITUCIONAL DELIBERATIVA

A) La crítica al control de constitucionalidad desde una concepción mayoritaria de la democracia: J. Waldron

1) El concepto de derecho y la teoría de la interpretación jurídica en J. Waldron: el escepticismo moderado y el positivismo ético.

2) La relación entre democracia y Constitución y la institución de la judicial review en J. Waldron: la “tesis de la no-diferencia” y el “populismo constitucional” moderado.

B) La crítica al control de constitucionalidad desde una concepción deliberativa de la democracia: J. Habermas

1) El concepto de derecho y la teoría interpretativa de J. Habermas: la teoría discursiva del derecho.

2) La relación entre democracia y Constitución y la institución de la judicial review: guardianes del proceso democrático discursivo.

VI. CONCLUSIÓN

VII. BIBLIOGRAFÍA

I. INTRODUCCIÓN

El lenguaje en el que se expresan los Ordenamientos jurídicos adolece de los problemas típicos del lenguaje natural¹; pero también de otros que le son propios². En primer lugar, y a diferencia de lo que sucede fuera del Ordenamiento, los jueces no tienen la posibilidad de dejar de resolver los problemas interpretativos que se le plantean en la práctica³. Siempre deben decidir, dando por verdadera una y sólo una opción interpretativa⁴. En segundo lugar, las consecuencias derivadas de los problemas interpretativos en el ámbito jurídico conectan con serias consecuencias en los derechos y libertades de las personas. En tercer lugar -y si algo queda claro hoy sobre el debate en torno a la determinación o no del derecho- el *lenguaje jurídico positivo* no puede -y seguramente tampoco debe⁵- ser absolutamente determinado, como tampoco puede el legislador anticipar todas las situaciones de hecho que se darán en el futuro.

En consecuencia, resulta de común acogimiento entre la doctrina iusfilosófica la necesaria caracterización del lenguaje jurídico “por la utilización de términos

¹Se ha afirmado que “[e]l significado de los enunciados del lenguaje natural [...] es fatalmente indeterminado”, GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de M. Gascón y M. Carbonell, Porrúa, México, 2001, p. 57.

²Stig Strömholm subraya las diferencias generales entre la interpretación lingüística y la interpretación jurídica de textos. Señala particularmente cuatro aspectos: a) la interpretación jurídica tiene una conexión más amplia y más relevante con el contexto social que otras formas de interpretación; b) existe una división jerárquica de papeles entre los intérpretes; c) la interpretación jurídica tiene que satisfacer ciertos fines axiológicos tales como la justicia y d) el foco de la interpretación, la normas jurídicas, forman un sistema, citado por AARNIO, A., *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p. 112.

³El Código Civil español prescribe en su art. 1.7: “Los Jueces y Tribunales tienen el deber inexcusable de resolver en todo caso los asuntos de que conozcan, ateniéndose al sistema de fuentes establecido”.

⁴Esto no significa, como veremos, que todas las decisiones judiciales sean necesariamente arbitrarias. “Discrecionalidad” y “arbitrariedad” son términos diferentes, vid. en este sentido por ejemplo GARCÍA AMADO, “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, *Isegoría*, núm. 35, 2006, pp. 151-172.

⁵ASÍS ROIG, R., “La interpretación de la Constitución. Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete” en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y RAMIRO AVILÉS, M. A. (coords.), *La Constitución a examen: Un estudio académico 25 años después*, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”-Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 286.

ambiguos, vagos y emotivos”⁶ -que generan problemas sintácticos, lógicos y semánticos⁷- así como por la existencia de lagunas y antinomias⁸, que impiden o dificultan el conocimiento certero del significado de las normas jurídicas. Los teóricos del derecho han dedicado grandes esfuerzos al tratamiento de esta cuestión, hasta el punto que se puede afirmar que la interpretación jurídica constituye el problema nuclear de la Teoría del Derecho⁹.

Pero, ¿qué tiene todo esto que ver con el control de constitucionalidad? Evidentemente, mucho. En la mayoría de los actuales Estados Constitucionales, la tarea del control de constitucionalidad recae en una instancia judicial con poder para invalidar aquellas leyes que vulneren el significado de la Constitución. De este modo, el Tribunal Constitucional se erige como “intérprete supremo de la Constitución”¹⁰. Esto viene a significar que un grupo reducido de jueces -que no ha sido elegido por los ciudadanos- puede y de hecho debe, invalidar -según su propio juicio- las decisiones que los representantes políticos democráticamente elegidos toman en el ejercicio de su cargo.

Pues bien, si reconocemos que los problemas que se derivaban de la indeterminación de las normas jurídicas permanecen cuando se trata de la interpretación de las normas constitucionales¹¹ -algo que, por otro lado, no resultará muy difícil- parece que adquiere especial relevancia la cuestión de quién interpreta la Constitución. ¿Quién ostenta la autoridad final del contenido de las

⁶AA. VV., “Interpretación y aplicación del derecho”, *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2002, p. 230.

⁷ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G.R. Carrió, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974, pp. 119 y ss.

⁸Para una exposición más desarrollada de los conceptos de ambigüedad, vaguedad, laguna y antinomia vid. GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. M. Gascón y M. Carbonell, Porrúa, México, 2001, pp. 68 y ss.

⁹Podemos compartir la idea de que “últimamente se ha convertido en el tema estrella de las reflexiones de los juristas”, SEGURA ORTEGA, M., *Sobre la interpretación del Derecho*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003, p. 9.

¹⁰Tal es el caso de nuestro Tribunal Constitucional, que según el art.1 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 1979 es “[...] intérprete supremo de la Constitución, es independiente de los demás órganos constitucionales y está sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica”, siendo, según el art. 161 de la Constitución Española de 1978 “[...] competente para conocer: a) Del recurso de inconstitucionalidad contra leyes y disposiciones normativas con fuerza de ley [...]”.

¹¹Como se verá más adelante, según la mayor parte de la doctrina los problemas de indeterminación de las normas incluso se agudizan en el ámbito constitucional.

normas que gobiernan nuestra convivencia? Y por tanto, ¿quién debería interpretar la Constitución? ¿Los jueces? ¿El parlamento? ¿La ciudadanía?

Como es sabido, todos estos interrogantes han dado lugar a infinidad de debates acerca del control de constitucionalidad, su justificación y el modo de llevarlo a cabo. Ahora bien, el tratamiento del problema interpretativo y el de la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad no siempre se ha simultaneado.

De un lado, los teóricos de la interpretación jurídica en general no se han ocupado, tradicionalmente, de la cuestión del control de constitucionalidad de las leyes. Sin embargo, y como irá viendo a lo largo de esta tesina, los planteamientos desde la Teoría del Derecho no se dirigen únicamente al problema de la determinación del derecho o de la predecibilidad de las sentencias. En realidad, cuando se trata el asunto de la creación judicial del derecho precisamente lo que se cuestiona es la legitimidad de la actividad interpretativa en clave implícita de separación de poderes y democracia¹².

De otro lado, y a mi modo de ver, los tradicionales debates acerca de la interpretación constitucional en particular, como ha sido el vivo debate contemporáneo entre originalistas y no originalistas, han servido precisamente a ocultar el verdadero problema de la justicia constitucional: la legitimidad democrática de su función de control de las leyes emanadas del Parlamento. En este sentido, el debate originalismo-no originalismo ha asumido la corrección o la incuestionable necesidad de que sean los jueces, y no el Parlamento o cualquier otra instancia soberana, quienes decidan acerca del significado de la Constitución. Este debate se ha limitado a defender si el significado de la Constitución debe pertenecer “a los vivos” o “a los muertos”, sin cuestionarse si su interpretación debe quedar en manos de una élite judicial y no de unos ciudadanos libres de

¹²Como veremos, algunos de los motivos por los que las teorías interpretativas del derecho no se ocuparon de la justicia constitucional puede ser que de un lado, no es hasta entrado el siglo XX cuando se implementa en Europa el control de constitucionalidad y de otro, que en Estados Unidos no sería hasta la época del New Deal que la opinión pública y la academia empezaron a percatarse de los graves problemas que la justicia constitucional puede acarrear.

decidir la Constitución -viva o muerta- que quieren para sí, y por tanto, sin plantearse la cuestión de la objeción contramayoritaria. Por este y otros motivos, y en tanto en cuanto implica una visión dirigida a los jueces, en esta ocasión dejaremos de un lado la oposición entre originalismo y no originalismo, optando por un tratamiento de la legitimidad democrática del control de constitucionalidad desde el problema de la interpretación jurídica en general¹³.

A mi modo de ver, el establecimiento, primero, y el cuestionamiento, después, del control de constitucionalidad no se puede entender sin el estudio de los problemas y la evolución de las teorías de la interpretación jurídica en general. Como ha afirmado R. Gargarella, “si se acusa al poder judicial de adentrarse en campos que deberían corresponder a los ciudadanos, o a sus representantes, ello se debe a que ahora se advierte, algo que antes, por alguna razón, no se advertía claramente: a través de su inevitable tarea interpretativa, los jueces terminan, silenciosamente, tomando el lugar que debería ocupar la voluntad popular”¹⁴. Así, aunque en ocasiones no se vincula de manera expresa, conceptualmente, todas las teorías sobre el control de constitucionalidad manejan alguna teoría de la interpretación jurídica que adicionalmente tiene detrás una determinada concepción de lo jurídico.

Pero, además, los diferentes planteamientos sobre el control de constitucionalidad asumen una cierta posición en torno a la tensión entre democracia y constitucionalismos (y derechos fundamentales) propia de la realidad de los actuales Estados Constitucionales.

¹³ R. M. Unger ha criticado la manera simplista en que la tradición iusfilosófica ha centrado su atención en la actuación de los altos tribunales, viéndolos como el segmento más importante de la política democrática. En su opinión, los filósofos del derecho están “intoxicados de tribunales y cegados a casi todo lo demás por los encantos de la justicia constitucional”, del mismo modo que la «teoría general del derecho», aquella que reflexiona «sobre el derecho como tal, sobre la autoridad jurídica, sobre la obligación jurídica, sobre el Estado de derecho, etc.» se ha ocupado poco de la composición de los Parlamentos, de la autoridad de la legislación o de cómo debe interpretarse una ley de manera respetuosa con dicha autoridad. A esto lo ha llamado “el sucio secreto” de la Filosofía del Derecho. Vid. UNGER, R., M., “What Should Legal Analysis Become?”, Verso, Londres, 1996.

¹⁴ GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, (2ª ed.), Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2011, p. 79.

Desde estos parámetros, en este trabajo voy a centrarme en el análisis de la posición que en torno al problema de la legitimidad del control de constitucionalidad manejan cuatro autores: Ronald Dworkin, John Hart Ely, Jeremy Waldron y Jürgen Habermas. Evidentemente, las cuatro teorías que voy a exponer no son todas las que este debate ofrece. Sin embargo, puede decirse que estas teorías copan gran parte del panorama general de la cuestión y a mi modo de ver, dan cuenta de visiones lo suficientemente coherentes como para entender que a ellas se puedan relacionar, de una u otra forma, diferentes posiciones.

Como tendremos oportunidad de comprobar, el planteamiento de estos autores se relaciona con alguna de las concepciones clásicas de la interpretación jurídica. Su análisis nos permitirá revelar la relación existente entre una teoría jurídica y una teoría política de la interpretación jurídica; cuestionar la relación entre democracia y constitucionalismo y finalmente plantear algunas propuestas de cambio de tendencia y perspectiva acerca de cómo y quién debe interpretar el derecho en general y la Constitución en particular.

II. INTERPRETACIÓN JURÍDICA E INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL

La interpretación jurídica es el área que seguramente cargue con la más abundante bibliografía en todo el campo de la Filosofía del Derecho. El hecho de que constituya la única actividad jurídica común a todos los operadores del derecho, jueces, abogados, funcionarios públicos, el legislador, los profesores de derecho o los ciudadanos sujetos y usuarios del derecho en general, nos da una idea de su relevancia en la realidad legal y social en las comunidades jurídicas¹⁵.

En este apartado nos proponemos analizar las distintas posturas que se han planteado en la teoría de la interpretación jurídica. Como tendremos ocasión de comprobar en el siguiente apartado, el estudio de las teorías jurídicas de la interpretación sirve al entendimiento en profundidad de las teorías constitucionales en general, y de las teorías del control de constitucionalidad en particular. Evidentemente, el concepto de derecho y la teoría interpretativa que se manejen preceden *necesariamente* la postura normativa que se adopte en el plano del control de constitucionalidad¹⁶.

Pues bien, varios son los sentidos y conceptos que se han venido dando a la interpretación jurídica. La distinción entre el concepto estricto y el concepto amplio de interpretación jurídica es de común acogimiento en la doctrina iusfilosófica¹⁷. Según el primer concepto, la interpretación jurídica hace referencia a la mera

¹⁵Para una clasificación de posibles operadores intérpretes del derecho vid. TARELLO, G., *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, Milán, 1980, p.

¹⁶Vaya por delante que pese a que la mayor parte de las teorías de la interpretación jurídica se han esforzado en distinguir los planos descriptivos y normativos, lo cierto es que uno y otro se confunden con frecuencia. SEGURA ORTEGA, M., *Sobre la interpretación del Derecho*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003, p. 98.

¹⁷GUASTINI, R., op. cit., p. 7. Wróblewski por ejemplo, utiliza los términos interpretación “sensu largo” y “sensu stricto” vid. WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Cívitas, 1985, pp. 21 y 22. En definitiva se trata de dos maneras de entender el derecho: como letra o como espíritu, BARRANCO, M. C., *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 37.

aclaración del significado de una norma y solamente se da en supuestos en que tal aclaración resulta necesaria (casos dudosos, oscuros, etc.). Por su parte, el concepto amplio se refiere a la atribución de significado a todo tipo de expresiones contenidas en el lenguaje jurídico y por consiguiente dará lugar en todos los casos¹⁸. Es común en la doctrina iusfilosófica hablar de tres concepciones de la interpretación jurídica que se relacionan de una manera u otra con estos dos conceptos¹⁹.

a) Teoría cognitiva

Las teorías cognitivas del derecho sostienen la idea de que el contenido del derecho se encuentra totalmente determinado y es perfectamente cognoscible. Representan la versión más extrema del concepto estricto de interpretación jurídica que encuentra su máxima expresión en el aforismo jurídico "*in claris non fit interpretatio*". Esta concepción parece asumir que existen casos claros, unívocos de significado semántico, que permiten una aséptica y mecánica aplicación de la norma al caso concreto.

Las concepciones formalistas del derecho sostienen tres tesis básicas²⁰. En primer lugar, el derecho se encuentra absolutamente determinado, por lo que las normas jurídicas determinan plenamente el contenido de la decisión judicial, que a su vez se entiende como una actividad puramente mecánica o silogística. En segundo lugar, en el Ordenamiento jurídico no existen vacíos normativos que puedan dar lugar a la intervención creativa del juez, por lo que sus valoraciones personales no suponen un problema en la determinación de la decisión y, por tanto, se elimina cualquier posibilidad de ejercicio ilegítimo de la discrecionalidad judicial. En último lugar, y derivado de lo anterior, no existen motivos para permitir que la aplicación del derecho se aparte en lo más mínimo del texto de la ley.

¹⁸GUASTINI, R., op. cit., p. 7.

¹⁹Como se verá, el concepto amplio suele relacionarse con la concepción escéptica mientras que el concepto estricto hace referencia generalmente a la concepción cognitiva, aunque existen excepciones. Por su parte la teoría intermedia en la versión positivista hartiana se puede relacionar con el concepto estricto mientras la kelseniana se acerca más al concepto amplio.

²⁰GARCÍA AMADO, J.A., "Sobre formalismos y antiformalismos en la Teoría del Derecho", *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 3, septiembre 2012 – febrero 2013, p. 14.

Las concepciones formalistas del derecho caracterizaron el proceso político e ideológico que culmina con el triunfo de las revoluciones francesa y americana a finales del siglo XVIII y que traía consigo la necesidad de racionalizar la creación y aplicación del Derecho. La razón natural de la voluntad general se plasmaba por fin en un texto positivo universal amparado en un Ordenamiento jurídico pleno y coherente, capaz de dar una única respuesta correcta a toda cuestión jurídica²¹. La primera manifestación del formalismo jurídico es la Escuela de la Exégesis, surgió en Francia y a ella se adhirieron la mayoría de civilistas de la época (Duranton, Bugnet, Demolombe).

La doctrina de la ciencia dogmática del derecho se apegó fuertemente a la idea de que sólo la ley escrita podía ser fuente de decisiones concretas. Esta concepción formalista del derecho es heredera de la famosa invocación de Montesquieu en su célebre *El Espíritu de las Leyes*: “Los jueces de la nación no son [...] más que la boca que pronuncia las palabras de la ley, seres inanimados que no pueden moderar la fuerza ni el rigor de las leyes”²². La función judicial, por tanto, consistiría exclusivamente en la mecánica de un silogismo, cuya premisa mayor debía ser la norma; la premisa menor, los hechos y, la consecuencia, el fallo.

El culto al texto de la ley, a los códigos, iba de la mano del culto a la seguridad jurídica y a la certeza y previsibilidad de las decisiones jurídicas. De esta manera, para los juristas de esta escuela, la interpretación de las normas es una operación puramente cognoscitiva, consistente en descubrir el significado de las normas o, a lo sumo, la voluntad del legislador, pero en ningún caso puede quedar lugar para la discrecionalidad del intérprete, en ningún caso podía el juez suplantar la voluntad del legislador.

Por otro lado, surge en Alemania, por influencia del método de la Escuela Histórica del Derecho²³, una corriente metodológica, la pandectística, cuya

²¹A raíz también de los procesos de codificación, en busca de la deseada certeza y seguridad inexistentes en los “sistemas” del Antiguo Régimen.

²²MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, Tecnos, Madrid, 1995, p. 112.

²³ La Escuela Histórica del Derecho utiliza el método histórico para la elaboración de sistemas

principal dedicación fue la elaboración de conceptos jurídicos y sistemas abstractos. Dentro de esta corriente, R. von Ihering (1818-1892), fundaría la llamada Jurisprudencia de Conceptos. Según Ihering, este método consta de una fase de selección y ordenación de los materiales jurídicos (simplificación cuantitativa) y de una fase de construcción del sistema jurídico a través de procedimientos lógicos (simplificación cualitativa)²⁴. En este sentido el sistema jurídico posee las mismas características de plenitud y coherencia que posee en la concepción del derecho de la Escuela de la Exégesis.

Por último, también al otro lado del Atlántico el método formalista copó el pensamiento jurídico. El formalismo jurisprudencial aparece en Estados Unidos a partir de 1870. Ese año, el abogado C. C. Langdell fue nombrado decano de la facultad de Derecho de Harvard. Langdell pretendía reivindicar el carácter científico del estudio del Derecho. Para ello instauró el método de enseñanza denominado “case method”, que consiste en el análisis de los principios y doctrinas jurídicas a través de los casos y sentencias seleccionados desde la academia. Con este método, los casos concretos se convertían en cánones de los que abstraer principios y conceptos jurídicos generales. Desde estas categorías abstractas se construiría, nuevamente, un sistema jurídico pleno que obedece a un razonamiento lógico-formal y que anula cualquier recelo sobre cuestiones extrajurídicas.

La tarea de los jueces consistía en la aplicación mecánica de esos principios y conceptos extraídos de los “casebooks”, respetando escrupulosamente los precedentes judiciales (“stare decisis”). Paradigmática de esta corriente es la denominada Era Lochner (1897-1937) en la jurisprudencia del Tribunal Supremo estadounidense. En el caso Lochner Vs. New York (1905)²⁵ se ventilaba la constitucionalidad de una ley que reducía el horario laboral de los trabajadores de panaderías en sesenta horas semanales. El Tribunal Supremo declaró la

jurídicos, atendiendo al espíritu y las costumbres de la comunidad jurídica. Como exponentes de esta escuela debe citarse a F. K von Savigny, G. F. Puchta y B. Windscheid.

²⁴FLORES ÁVALOS, E. L., Jurisprudencia de Conceptos, en *Estudios jurídicos en honor a Marta Morineau*, vol. 1, UNAM, México, 2006, 219- 232.

²⁵ Lochner Vs. New York (1905), 198 U.S.45.

inconstitucionalidad de la ley por vulneración del principio de libertad contractual. Para muchos autores²⁶, el formalismo jurídico del que la Era Lochner es representativo erige una creencia exagerada en la transparencia del texto legal al que se accede a través de un procedimiento lógico-deductivo, aséptico de valoraciones.

Como iremos viendo a lo largo del trabajo, esta concepción de la interpretación jurídica da pie a una cómoda justificación del control judicial de constitucionalidad. Si, efectivamente, los jueces, con su interpretación, se limitan a aplicar las normas dictadas por el legislador o, en el caso del control de constitucionalidad, a aplicar mecánicamente las normas constitucionales, no parece haber importantes motivos para sospechar de la falta de legitimidad de su tarea interpretativa. Esta sería, como se indicará en su momento, la concepción manejada por varios de los *Padres Fundadores* de la Constitución americana y por la doctrina jurisprudencial que dio lugar a la creación del control de constitucionalidad.

Pues bien, el formalismo jurídico manifestó, a ambos lados del Atlántico, carencias para resolver los problemas sociales que surgían ante los tribunales. Así es como se fueron despertando a mediados del siglo XIX y especialmente entrado ya el siglo XX, las diferentes oleadas de críticas antiformalistas, que quisieron denunciar el fetichismo formalista²⁷ al que se había llegado, recordando el sentido y la finalidad de los jueces y del Derecho.

b) Teoría escéptica

Las teorías escépticas asumen un concepto amplio de interpretación jurídica en su versión más fuerte, comprometiéndose con la tesis de indeterminación total o de la irrelevancia de la determinación del derecho. Estas teorías rechazan cualquier garantía absoluta sobre la sujeción racional del intérprete a la letra de la norma jurídica. Para los defensores de esta concepción, el derecho está

²⁶BROOKS, R., *Structures of Judicial Decision Making from Legal Formalism to Critical Theory*, (2nda. ed.), Carolina Academic Press, North Carolina, 2005, p. 37.

²⁷Tomo esta expresión de L. RECHASÉNS SICHES en su *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Porrúa, México D.F. 1980, p. 632.

totalmente indeterminado y no se puede conocer a través de la razón²⁸. Repasemos brevemente las manifestaciones clásicas en que esta concepción primero se materializa.

En el continente europeo, si bien podemos encontrar algunos precedentes en la primera mitad del siglo XIX²⁹, no es hasta la segunda etapa del jurisconsulto alemán R. von Ihering cuando surge una crítica fuerte a la lógica deductiva en la creación e interpretación del Derecho, en este caso, a la “Jurisprudencia de Conceptos” desarrollada por los grandes pandectistas de su país. Ihering superó sus propias tesis conceptualistas y formalistas y pasó a ser uno de los iniciadores y defensores de la que habría de llamarse “Jurisprudencia de intereses”. En su famosa obra *El fin en el Derecho* (1877) este autor afirmó abiertamente que “el fin es el creador de todo Derecho; que no hay norma jurídica que no deba su origen a un fin, a un propósito, esto es, a un motivo práctico”³⁰.

De ese modo, Ihering se ocupó de estudiar los problemas de la individualización de las normas generales en las sentencias judiciales. En su opinión, si bien esta individualización puede resultar una operación fácil, otras veces podrá presentarse erizada de dificultades. Por lo tanto, Ihering sostendrá que el criterio o medida que sirve para juzgar el Derecho no es un “criterio absoluto de verdad” sino más bien un “criterio relativo de finalidad”. En este sentido, si el juez quiere comprender el Derecho, deberá atender a las necesidades inmanentes de la vida misma en la sociedad -tanto necesidades

²⁸Esta teoría rechaza la utilidad de los criterios de interpretación plasmados en los Ordenamientos jurídicos y enunciados por F. K von Savigny en el siglo XIX: a) el criterio gramatical, para el que la interpretación debe realizarse siguiendo el sentido propio de las palabras de la ley, b) el criterio sistemático, para el que la interpretación debe realizarse atendiendo al conjunto del Ordenamiento como un todo, c) el criterio histórico, que requiere que la interpretación tenga en cuenta a los antecedentes históricos y legislativos de la norma que se está interpretando, d) el criterio sociológico, que reclama la consideración de las circunstancias sociales del momento en que se interpreta la norma y por último; e) el criterio teleológico, que prepondera el espíritu o finalidad de la norma en cuestión. SAVIGNY, F. K. von, *Sistema del Derecho Romano actual*, trad. de Mesia y Poley, Madrid, 1878-79, pp. 145 y ss.

²⁹Ya en el utilitarismo de Jeremy Bentham (1748-1832) subyace la idea de que la *función* del Derecho consiste en determinar qué intereses en una sociedad dada son más o menos valiosos, en qué medida lo son y cómo es posible conciliarlos desde el punto de vista de su *efecto real* en su aplicación práctica.

³⁰IHERING, R. von, *El fin en el Derecho*, Comares, Madrid, 2000.

utilitaristamente entendidas como valores morales-, y no a conceptos abstractos de los que derivar normas por mero uso de la lógica deductiva.

Unos años más tarde, y bajo el pseudónimo Gnaeu Flavius, Hermann Kantorowicz (1895-1963) publicaría *La Lucha por la Ciencia del Derecho* (1906), libreto que se convirtió en manifiesto programático de una nueva escuela, el “movimiento del Derecho libre”³¹. En esta obra, Kantorowicz defendió la existencia de una fuente jurídica presente en el Ordenamiento jurídico y en pie de igualdad normativa con el Derecho estatal, denominado “el Derecho libre”. El Derecho libre es aquél producido por la opinión jurídica de los miembros de la sociedad, por las sentencias de los jueces y por la ciencia jurídica, constituyendo incluso el terreno del que nace el derecho positivo.

Según el movimiento del “Derecho libre” la jurisprudencia tradicional se había dedicado a construir, en base a fragmentos legislativos y desde un método puramente lógico, un sistema jurídico que fuera aplicable en cualquier caso de la realidad social, que acabó forzando la naturaleza misma de las normas y contradiciendo las necesidades reales de la vida de la comunidad jurídica³². En la jurisprudencia, dice Kantorowicz, los principios muy abstractos se hacen inservibles, pierden su valor, puesto que resulta del todo inverosímil que el legislador hubiera pensado en un principio jurídico y determinado para todos los casos futuros³³. En su lugar, este autor propone que si el texto de una norma fuera unívoco y su aplicación no hiriese los sentimientos de la comunidad -esto es, el “Derecho libre”- el juez deberá aplicar tal norma en sentido estricto. Sin embargo, el juez puede y debe alejarse de la ley escrita cuando 1) la norma ofrezca una solución dudosa y 2) la consecuencia derivada de la aplicación de esa norma sea -según su honrada convicción- distinta de la que el legislador desearía. Lo que el

³¹El primer representante del movimiento del Derecho libre fue Eugenio Ehrlich, quien en 1903 daba una conferencia titulada *El hallazgo del derecho libre y la ciencia del derecho libre*, sin embargo, a partir de la publicación de su obra *Fundación de la sociología jurídica*, se emanciparía del campo de la Filosofía del Derecho. Junto con Kantorowicz se suele citar como partidarios del movimiento “del Derecho libre” a Max Rumpf, Teodoro Sternberg, Ernst Fuchs o Gustav Radbruch.

³²RECASENS SICHES, L., op. cit., p. 55.

³³Ibídem, p. 56.

juez deberá aplicar será lo que, según él, el legislador hubiera deseado para el caso concreto. Si aún así, el juez no fuera capaz de hallar una respuesta justa, entonces deberá inspirarse en el Derecho libre.

En el continente americano, el famoso magistrado del Tribunal Supremo de Estados Unidos, Oliver Wendell Holmes (1841-1935), fue el primero en trasladar al ámbito de la reflexión jurídica muchas de las aportaciones de la filosofía pragmática³⁴. En este sentido, O. W. Holmes sostuvo la idea de que “[L]a vida real del Derecho no ha consistido en lógica sino en la experiencia³⁵. En consecuencia, lejos del concepto pleno y coherente del derecho que había mantenido el formalismo jurídico para Holmes, el “Derecho [consiste en] las profecías acerca de lo que los tribunales harán en concreto; nada más ni nada menos”³⁶. Así, en su clásico *The Path of Law* (1897), Holmes -aún reconociendo que a menudo el lenguaje del Derecho coincide con el lenguaje de la lógica deductiva- denunció vivamente los problemas de la jurisprudencia formalista clásica, empeñada en el supuesto descubrimiento de principios jurídicos naturales e impidiendo la entrada en el derecho de disciplinas extralegales que deberían jugar -y de hecho juegan- un valor fundamental en la resolución de los conflictos jurídicos³⁷.

³⁴El pragmatismo jurídico surge a finales del siglo XIX y principios del XX y propugna un discurso radicalmente contrario al discurso del razonamiento abstracto que le precedía. Corriente enemiga de la metafísica, el pragmatismo huye de alcanzar verdades absolutas o conceptos vagos y generales inconexos con la realidad. Al contrario, el pragmatismo propone un método empírico de investigación jurídica, otorgando especial importancia al contexto del objeto de investigación. Sus principales exponentes fueron William James y John Dewey, artífices de las teorías más influyentes en el pragmatismo jurídico. Por un lado, y frente al concepto de verdad como correspondencia con la realidad, el pragmatismo postula un concepto de verdad relativa, cuyo eje no es la realidad sino la utilidad de sus consecuencias. Desde esta perspectiva instrumental y psicológica de la verdad, una idea será cierta en tanto en cuanto de ella deriven consecuencias buenas para quien la sostiene. Por otro lado, el pragmatismo entiende que existen varias concepciones de la lógica. La más habitual hasta entonces había sido la lógica formal-deductiva, pero para el pragmatismo las personas no piensan de manera silogística, sino que utilizan el método de prueba y error hasta alcanzar la verdad más útil para sus intereses. A lo más que se puede aspirar es a una lógica de predicción de resultados, y no a una lógica de certezas deducibles de conceptos abstractos.

³⁵HOLMES, O. W., “The Common Law”, *The essential Holmes: selections from the letters, speeches, judicial opinions, and other writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, (ed.) POSNER, R., University of Chicago Press, Chicago, 1997, p.131.

³⁶HOLMES, O. W., “The Path of Law”, en op. cit., p. 61.

³⁷SOLAR CAYÓN, J. I., “Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano”, *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 2, 2012, p. 179.

De este modo, en Estados Unidos, es a partir de la visión del derecho desarrollada por Holmes que “[E]l Derecho ya no es entendido como algo preexistente sino como un producto cultural forjado a partir de determinadas experiencias, necesidades, circunstancias históricas [...] como un poderoso instrumento de transformación social en manos de un individuo que comienza a sentirse el protagonista de su propio destino”³⁸.

El influjo del pensamiento del juez O.W. Holmes en este nuevo enfoque antiformalista y pragmatista norteamericano es extraordinario. Como tendremos ocasión de ver, la influencia de esta nueva corriente daría lugar al cuestionamiento de la interpretación que el Tribunal Supremo efectuaba de la Constitución norteamericana y, especialmente, serviría más adelante de base para el tratamiento doctrinal de la “dificultad contramayoritaria” de la judicial review.

Con todo, entre todos los movimientos antiformalistas del derecho, el realismo jurídico norteamericano ha llevado a cabo la crítica más demoledora de la concepción mecánico-silogística de la actividad judicial³⁹. En esencia, los realistas se muestran muy desconfiados de la efectividad de las normas positivas. A partir de la distinción que hiciera R. Pound entre “Law in books” y “Law in action”⁴⁰, Karl Llewellyn sostiene la idea de que las leyes, los reglamentos o los precedentes judiciales que los jueces citan en las motivaciones de las sentencias, no son ni las únicas ni necesariamente las más relevantes razones que llevan al juez a fallar

³⁸ *Ibíd.*, p. 180.

³⁹ De inspiración pragmática y sociológica, este movimiento tuvo su inicio alrededor de 1930 y, aunque constituye una corriente poco definida, Karl Llewellyn y Jerome Frank fueron sus máximos exponentes. Por otro lado, y frente al realismo escandinavo “parece ser que los americanos tenían ante sí una tarea política más determinada que los escandinavos y que la transformación de la técnica jurídica tenía unos objetivos políticos claros: la defensa de la Política del New Deal de Roosevelt frente a la resistencia de los liberales. Su crítica al deductivismo venía orientada por esa Política” en CALSAMIGLIA, A., Notas sobre realismo jurídico en *Cuadernos de la Facultad de Derecho*, Universidad de Palma de Mallorca, vol. 6, 1983, p. 142.

⁴⁰ Fundador de la Sociología jurídica -disciplina para la que la labor del jurista debe contener indispensablemente una gran dosis de conocimiento sociológico de las realidades actuales- N. R. Pound se centró en el problema de la elaboración de normas individualizadas (normas-sentencias) justas. Pound concibe la experiencia jurídica como una tarea de ingeniería social, en la que el Derecho se convierte en “una tarea altamente especializada de control y ajuste de las relaciones sociales en busca de un sistema de compromisos entre demandas en conflicto”.

como lo hace⁴¹. Es más, el realismo norteamericano sostiene que el lenguaje tiene carácter vivo, y es un elemento fundamental del dinamismo del Derecho. Las estructuras lingüísticas son por fuerza generales, mientras la realidad sólo puede ser particular. Esto implica que siempre haya un desajuste letra-realidad, la letra no puede abarcar todas las posibilidades de la realidad.

Los realistas criticaron frontalmente la teoría de la subsunción mecánica de las normas, propugnada por el deductivismo formalista. Así mismo presentaron argumentos contra el esencialismo del lenguaje (para ellos la empresa de la filosofía analítica está abocada al fracaso) y la elevada abstracción de los conceptos-paraguas de la jurisprudencia de conceptos. Respecto al Common Law, no dejaron de oponerse al razonamiento analógico tradicional que lo caracterizaba y que debía ser perfeccionado. Además de la exacerbación de las tesis del antiformalismo jurídico que hemos visto, el realismo jurídico norteamericano defiende la idea de que el derecho debería ser constantemente reexaminado debido a su carácter esencialmente “plástico y mutable”⁴² y la creencia en la utilidad de agrupar casos y situaciones jurídicas en categorías más estrechas que las que han sido habitualmente empleadas en el pasado.

El autor más radical del movimiento,⁴³ Jerome Frank, introdujo una distinción entre dos tendencias dentro del realismo jurídico norteamericano. Por un lado estarían los “escépticos ante las reglas” y por otro “los escépticos ante los hechos”⁴⁴. Para los primeros, entre los que ubicamos con especial protagonismo a Llewellyn, lo importante será buscar regularidades en el comportamiento judicial susceptibles de estudio empírico⁴⁵, léase: la formación de los jueces, su clase

⁴¹A diferencia de lo que sucede en la teoría de Jerome Frank, para Karl Llewellyn existen situaciones en las que las “reglas en papel” sí ejercen una gran influencia en la determinación de los fallos judiciales, a veces incluso decisiva.

⁴²FRANK, J., *Law and the Modern Mind*, Peter Smith, Gloucester, 1970, p. 10, citado en SOLAR CAYÓN, J. I. *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2005, p. 76.

⁴³En su opinión, el valor atribuido por los juristas a la certeza del derecho es la manifestación en los adultos inmaduros de la tendencia del niño a buscar seguridad en la fuerza y en la sabiduría del padre. *Ibíd.*

⁴⁴FRANK J., *Law and the Modern Mind*, op. cit., p. xi.

⁴⁵Esta postura dio pie al desarrollo, a finales de la década de los sesenta y principios de los

social, sus incentivos profesionales, etc. Este sector realista centra su esfuerzo en la mejora de la motivación de las sentencias, especialmente las de las instancias superiores del sistema judicial. La pretensión de una mayor calidad en las motivaciones de las sentencias persigue un mayor control y justificación de las decisiones judiciales. Para los “escépticos ante los hechos”, entre los que destacamos a Frank, resulta inútil buscar más certeza y predictibilidad jurídica⁴⁶. Para él, “[L]a interpretación de la norma afecta a la interpretación de los hechos, y viceversa”⁴⁷. Esta última vertiente del realismo prefiere dirigir sus esfuerzos hacia el logro de una mayor justicia social en el desenvolvimiento de los procesos, esto es, la búsqueda de la justicia en el caso concreto.

Por otro lado, Frank pondrá de manifiesto el hecho de que, antes del fallo de un tribunal sobre un caso concreto, nadie puede predecir a ciencia cierta cuál es el derecho subjetivo y los deberes jurídicos dimanantes de una determinada situación. Es más, cuando la composición de un tribunal se ve alterada, la jurisprudencia del mismo correrá la misma suerte. Con este análisis Frank quiere demostrar que los casos controvertidos pueden enfocarse desde principios diversos cuya elección no está determinada previamente por las normas. En realidad, en última instancia esa elección dependerá exclusivamente de juicios de valor del juez de turno⁴⁸.

Al contrario de lo que sucedía en el caso de las teorías cognitivas, las teorías escépticas presentan un panorama de indeterminación del derecho en el que los

setenta, de las doctrinas Law & Society y Law & Economics.

⁴⁶De todos modos Frank nunca dejó de confiar en la posibilidad -si no de absoluta certeza y predicibilidad- de formar “jueces adultos” -como su admirado juez Holmes- que reconocieran la imposibilidad última de satisfacer el mito básico de la certeza y que al menos fueran conscientes del papel de sus propios prejuicios. Vid. PÉREZ LLEDÓ, J. A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid, 1996, p. 251.

⁴⁷FRANK, J., *Derecho e Incertidumbre*, Centro Editor de América Latina, 1968, p. 87.

⁴⁸Si el derecho efectivo consiste en los fallos que emiten los jueces y éstos se guían por intuiciones y sentimientos, entonces la tarea principal del jurista será averiguar y aclarar cómo llega el juez a esas intuiciones y sentimientos claves de cada caso. De esta manera, Frank destaca la personalidad del juez, su idiosincrasia, los factores personales del juzgador en la valoración de los hechos y en la elección misma de la norma. Para Frank, la psicología del juez ganaba cada vez más terreno en su análisis de la interpretación jurídica. Entendido esto, no resultará tan descabellada la propuesta de J. Frank de que los jueces se sometan a terapias de psicoanálisis para tratar de controlar y sobretodo tomar conciencia de los prejuicios que se entrometen en su tarea de juzgar POSNER, R. A., *Cómo deciden los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2011. p.42.

problemas de interpretación del mismo dificultan la justificación de un control judicial de constitucionalidad. Efectivamente, y aunque en sus manifestaciones clásicas las teorías escépticas no se han detenido en el estudio de la legitimidad de la judicial review, en tanto en cuanto desmitifican la figura del juez como valedor de la racionalidad y determinación del derecho, sembrarían para siempre la sospecha sobre la justificación del control de constitucionalidad. Como podremos comprobar más adelante, la influencia de estos movimientos sería fundamental para el estallido de la objeción democrática o la “dificultad contramayoritaria” de la judicial review.

c) Teoría intermedia

Como su nombre indica, la teoría intermedia de la interpretación jurídica combina elementos propios de la teoría cognitiva y de la teoría escéptica. En este sentido, la teoría intermedia considera la existencia de un cierto grado de determinación en el derecho toda vez que reconoce un cierto grado de discrecionalidad o libertad en la actividad del intérprete. Según esta teoría, son falsas tanto la idea de que nunca existen márgenes de discrecionalidad en la interpretación como la de que ésta existe siempre y de cualquier modo⁴⁹.

Esta teoría es manejada desde la doctrina del positivismo contemporáneo. A diferencia de las tesis mantenidas por el positivismo decimonónico, en el siglo XX el positivismo “resalta con insistencia que la capacidad de las normas jurídicas para determinar el contenido de las decisiones judiciales de los casos es considerablemente limitada y que, en consecuencia, dichas decisiones también dependen en amplia medida de las valoraciones del juez, esto es, de su discrecionalidad.”⁵⁰

No siempre que partimos de un concepto estricto de interpretación estamos negando la posibilidad de creación judicial del derecho o mejor dicho la existencia

⁴⁹GUASTINI, R., op. cit., p. 16.

⁵⁰GARCÍA AMADO, J. A., “Sobre formalismos y antiformalismos en la Teoría del Derecho”, op. cit., p. 16. Hasta el punto de que Hart introduce en la descripción de las tres tesis básicas del positivismo jurídico la de la discrecionalidad judicial. Vid. “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. R. Páramo, *Sistema*, núm. 36, pp. 3-18.

de un margen de libertad de los intérpretes. Así, por ejemplo, la visión de la teoría intermedia de la interpretación manejada por el positivismo hartiano reconoce la existencia de zonas claras y de zonas oscuras en las normas jurídicas⁵¹. Según esta teoría, las normas jurídicas contienen, por un lado, una zona clara, o núcleo de certeza, donde la interpretación da lugar a la “verificación del significado preexistente aceptado”⁵². Por otro lado, la zona oscura o de penumbra de una norma jurídica sería aquella donde la interpretación tiene carácter totalmente discrecional, y donde el resultado de la actividad interpretativa es la creación de derecho por parte del intérprete.

Esta teoría manejaría pues una concepción moderada o débil del concepto estricto de interpretación jurídica. Así, la concepción hartiana de la interpretación, compartida después por muchos otros autores, asume, en primer lugar, que la existencia de zonas claras y oscuras es perfectamente discernible por el intérprete, y en segundo lugar, que la interpretación en la zona oscura será siempre de carácter creativo. Como se podrá advertir, esta moderación del concepto estricto de interpretación adolece de un problema difícilmente salvable: el discernimiento entre la zona clara y la zona de penumbra de una norma no puede mantenerse como una distinción objetiva, sino que consiste, nuevamente en producto, y no causa, del proceso interpretativo⁵³.

De otro lado, el concepto amplio de interpretación también ha sido matizado en su sentido fuerte⁵⁴. En este punto cabe destacar como referente la teoría jurídica propuesta de Hans Kelsen. El jurista vienés consideraba la interpretación previa a la aplicación de las normas como una actividad ineludible del intérprete, pero no entendía dicha actuación como una tarea totalmente libre sino que se

⁵¹Podríamos denominar teoría intermedia “mixta” a esta postura que se conecta con un concepto estricto en sentido débil para distinguirla de una teoría intermedia “eclectica” o “alternativa” relacionada con un concepto amplio en sentido débil. Tomo esta última terminología de CUENCA GÓMEZ, P., op. cit. p. 272.

⁵²GUASTINI, R., op. cit., p. 17.

⁵³Ibíd.

⁵⁴Vid. por ejemplo PRIETO SANCHÍS, L. *Interpretación Jurídica y creación Judicial del Derecho*, Palestra, Lima, 2007, donde se afirma: “Por ello, decir que los jueces son órganos de producción jurídica no equivale a abrazar ningún género de «creacionismo» radical ni, mucho menos, supone zanjar el problema mediante una, en el fondo cómoda, concepción irracionalista de la interpretación.”, p. 223.

encuentra sujeta a ciertos límites. Desde esta perspectiva, Kelsen entiende la interpretación como una elección discrecional del intérprete entre un marco limitado de opciones interpretativas “con lo cual todo acto es conforme a derecho si se mantiene dentro de ese marco, colmándolo en algún sentido posible”⁵⁵.

Ciertamente, los autores que manejan esta visión rechazan la asunción de que toda atribución de significado a una norma jurídica se encuentra totalmente desvinculada de la misma. Este sentido débil del concepto amplio de interpretación entiende que la necesaria interpretación de las normas jurídicas no se debe a la indeterminación total del lenguaje jurídico, sino a otros motivos que no implican una desvinculación radical del intérprete a la norma. Desde esta concepción suele hacerse referencia a la distinción entre expresión jurídica y norma jurídica. Esta diferenciación auspiciada por el escepticismo semántico no radical define que la norma es el resultado de la interpretación (atribución de significado) de una expresión jurídica⁵⁶ (también se puede hablar de disposición⁵⁷ o de enunciado normativo⁵⁸). Según los defensores de esta visión de la interpretación, las expresiones jurídicas contienen una carga semántica mínima, que se justifica por la funcionalidad del derecho como sistema y por su efectividad como mecanismo de regulación social.

Ahora bien, este “significado mínimo”⁵⁹ de las expresiones lingüísticas jurídicas opera en el plano negativo de la determinación del derecho⁶⁰. Dicho de otro modo, sirve para decir lo que el derecho no es, o no significa. En mi opinión tal

⁵⁵KELSEN, H., *Teoría pura del derecho*, 2nda edición, trad. de R. J. Vernengo, UNAM, México, 1982, p. 351. En este sentido resulta altamente recomendable la obra de CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008, en especial su capítulo IV “Sistema mixto e interpretación jurídica”, donde la autora desarrolla -a partir de la teoría interpretativa de Hans Kelsen y en línea con la ideología de la decisión interpretativa “legal y racional” propuesta por J. Wróblewski- un teoría alternativa de la interpretación jurídica.

⁵⁶Para A. AARNIO en op. cit., p. 101: “Un enunciado de interpretación es un enunciado de significado que aclara el significado de la expresión en la que se centra la atención.”

⁵⁷R. GUASTINI utiliza el término “disposición” y “enunciado interpretativo” en op. cit. pp. 10 y 11.

⁵⁸ASÍS ROIG, R. de, *Jueces y normas*, op. cit. vid. especialmente Capítulo I y pp. 215-224.

⁵⁹Vid. CUENCA GÓMEZ, P., op. cit., p. 450.

⁶⁰ASÍS ROIG, R., “La interpretación de la Constitución. Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete” en PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y RAMIRO AVILÉS, M. A. (coords.), *La Constitución a examen: Un estudio académico 25 años después*, Marcial Pons, Madrid, 2004, p. 297.

significado mínimo del derecho es ineludible “aunque sea indemostrable que exista y aunque sea imposible garantizarlo⁶¹”. De tal modo que “la validez de las decisiones interpretativas se encuentra condicionada por el sentido relativamente determinado de los enunciados jurídicos que le sirven de referente”⁶². En este sentido, esta concepción interpretativa defiende la operatividad del criterio de interpretación literal y del criterio de interpretación sistemático como límites a las opciones interpretativas válidas⁶³.

En mi opinión, esta visión de la interpretación jurídica es acertada con carácter general⁶⁴. En todo caso, como se ha señalado afirmar la presencia de un significado mínimo de las expresiones jurídicas que siempre, tanto en los casos fáciles como en los más difíciles, limita la actividad interpretativa supone simplemente descartar la validez de ciertas interpretaciones -aquellas que se enfrentan con el sentido literal mínimamente determinado del enunciado que se interpreta y de enunciados superiores-. Es por tanto, necesario, plantearse cuál de las opciones interpretativas que respetan este límite es la más correcta y quién debe ser el que escoja entre ellas. Como veremos, sobre estos problemas se pronuncian, en el ámbito de la interpretación constitucional, los planteamientos sobre el control de constitucionalidad que analizaré más adelante y en los que la teoría intermedia de la interpretación encuentra diversa cabida.

⁶¹ *Ibíd.*, p. 296.

⁶² CUENCA GÓMEZ, P. *El sistema jurídico* op. cit, p. 408.

⁶³ ASÍS ROIG, R., *Jueces y normas*, Marcial Pons, Madrid, 1995, p. 124 y CUENCA GÓMEZ, P., “Aspectos, problemas y límites de la interpretación jurídica y judicial”, *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, Madrid, 2004, p. 288.

⁶⁴ Ciertamente, la vulneración de este significado mínimo en ocasiones no tiene consecuencias en el plano fáctico, puesto que sólo sirve para descartar casos muy fragantes, o muy provocativos, de vulneración de significados -digamos aquellas interpretaciones que fueran identificadas como *contra legem* por todos o casi todos los miembros de una comunidad-. El problema acerca de cuál de entre todas las “interpretaciones posibles” es la que debe elegir el intérprete es algo que la tesis del significado mínimo por sí sola no puede resolver.

2) La no especificidad de la interpretación constitucional

La doctrina contemporánea de la interpretación jurídica presenta un especial interés en la diferenciación (o no) de la interpretación constitucional respecto de la interpretación jurídica en general. Las peculiaridades de esta especificidad o diferenciación hacen referencia a los agentes de la interpretación, las técnicas interpretativas y los problemas de la interpretación, y no sobre la naturaleza - digamos intelectual-de la propia actividad interpretativa⁶⁵. La mayor parte de la doctrina respalda en mayor o menor medida la especificidad de la interpretación constitucional⁶⁶.

La primera característica que se esgrime para defender dicha especificidad es la especial vaguedad y generalidad de las normas constitucionales. Los preceptos constitucionales poseen un carácter esencialmente abierto derivado de su especial carga ético-moral⁶⁷. Las formas de vida, los cánones culturales y las mínimas normas de convivencia que quieren dar contenido a las normas fundamentales de derechos parecen más imprecisas que las leyes que suele elaborarse sobre materias específicas⁶⁸.

El argumento de la mayor indeterminación de las normas constitucionales se relaciona en ocasiones con la consideración de las normas constitucionales como

⁶⁵ GUASTINI, R., op. cit., p. 113.

⁶⁶ Por ejemplo, para J. WROBLEWSKI la interpretación constitucional es un tipo especial de interpretación legal vid. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, op. cit., p. 18. Vid. también ASÍS ROIG, R. de, "La interpretación de la Constitución..." op. cit. p. 289 y ss. En el ámbito de la doctrina norteamericana la interpretación constitucional ha tenido un tratamiento inusitado en comparación con la habida en la academia iusfilosófica europea. Para un excelente desarrollo de esta materia vid. DORADO PORRAS, J., *El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos*, Dykinson, Madrid, 1997.

⁶⁷ En este sentido, se ha sostenido que tal carácter abierto se deriva de la función de límite negativo propia de la función política de las Constituciones. Esta particular competencia constitucional de mera circunscripción de los términos de las discusiones legislativas parece dificultar especialmente la determinación de las normas constitucionales frente al mandato más preciso de las leyes ordinarias. En este sentido, ASÍS ROIG, R., "La interpretación de la Constitución", op. cit., p. 290.

⁶⁸ PRIETO SANCHÍS sostiene que "[E]n suma, si toda norma ofrece un núcleo de certeza y una zona de penumbra, las de naturaleza constitucional parecen ampliar esta última en detrimento de aquel." en "Notas sobre interpretación constitucional" en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9, 1991, p. 176.

normas-principio y no como normas-regla⁶⁹.

En el modelo de Estado constitucional, los mismos derechos fundamentales vienen a operar como principios generales que irradian todo el Ordenamiento (efecto irradiación⁷⁰). Estos principios pertenecen al mundo de la política y constituyen la principal conexión entre el derecho y la moral -característica ésta fundamental del constitucionalismo.

Además, quienes sostienen la particularidad de la interpretación constitucional mantienen que las normas constitucionales se caracterizan por una especial relevancia “política, ética y en definitiva, social” merecedora de un tratamiento interpretativo especializado⁷¹. Consecuencia de esta especial importancia de las normas constitucionales en la realidad política y social de los Ordenamientos jurídicos es el argumento de la considerable dificultad para hacer efectivos los derechos amparados en semejantes normas, en comparación con los derechos más específicos y concretos de las normas ordinarias.

A mayor complejidad, las constituciones carecen de un marco normativo positivo superior al que poderse adaptar y respetar. Esta especial ubicación de la Constitución en el Ordenamiento jurídico anula cualquier posibilidad de referencia a normas positivas en el momento de la interpretación de las normas constitucionales⁷². En otras palabras, los tradicionales criterios literal y sistemático de interpretación se muestran especialmente vacuos en la determinación del significado de los preceptos constitucionales.

En el modelo de Estado constitucional, los mismos derechos fundamentales vienen a operar como principios generales que irradian todo el Ordenamiento

⁶⁹ Esta distinción la elabora R. Dworkin en su conocido libro *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, 1984, p.72 y ss.

⁷⁰ Vid. PRIETO SANCHÍS, L., “El constitucionalismo de los derechos”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, núm. 71, 2004, pp. 42-72.

⁷¹ ASÍS ROIG, R., *ibíd.*, p. 290.

⁷² Dejando de lado la cuestión supranacional o el derecho internacional, que por otro lado tan sólo sirve para elevar a un nivel superior la cuestión interpretativa pues acarrea los mismos, sino más, problemas a los que nos estamos refiriendo.

(efecto irradiación⁷³). Estos principios pertenecen al mundo de la política y constituyen la principal conexión entre el derecho y la moral -característica ésta fundamental del constitucionalismo-. Además, quienes sostienen la particularidad de la interpretación constitucional mantienen que las normas constitucionales se caracterizan por una especial relevancia “política, ética y en definitiva, social” merecedora de un tratamiento interpretativo especializado⁷⁴.

Por otro lado, la especificidad de la interpretación constitucional se apoya en la existencia de criterios interpretativos especiales para la determinación de su significado. Tal es el caso del recurso a textos normativos supranacionales, al criterio de proporcionalidad, de unidad o armonización de las normas constitucionales, que pretenden si no dotar de significado, al menos, delimitar alcance de las normas constitucionales.

Sin embargo, la diferenciación entre interpretación jurídica e interpretación constitucional no se halla exenta de consistentes críticas⁷⁵. En primera lugar, la ley en general adolece de vaguedad y ambigüedad tanto como los preceptos constitucionales. La filosofía del derecho ha estudiado estas dificultades enfocándose en la ley en general, mucho antes si quiera -como tendremos ocasión de comprobar- de prestarle atención a las especiales características de las constituciones⁷⁶. La mayor parte de la doctrina actual acepta sin reparo la idea de que el derecho es relativamente indeterminado y que, por tanto, ninguna interpretación está absolutamente libre de valoraciones. En última instancia, toda interpretación del derecho, tanto *jurídica* como *constitucional*, es política y ética y no meramente legal⁷⁷. Además, es precisamente en la Constitución donde se

⁷³Vid. PRIETO SANCHÍS, L., “El constitucionalismo de los derechos”, op. cit., p. 51.

⁷⁴ASÍS ROIG, R., ibíd., p. 290.

⁷⁵BARRANCO AVILÉS, M. C., *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 92 y ss.

⁷⁶E incluso a la existencia de las mismas. También en este sentido PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984, p. 250.

⁷⁷No es difícil compartir la idea de que todos los jueces, en general, sienten que con sus sentencias “hacen justicia”. Cuando un juez interpreta la ley, siempre lo hace para encajarla a sus propias concepciones acerca de lo que es justo. Parece inimaginable concebir la actuación de un juez como un acto consciente y premeditadamente injusto. Esto, en principio, no es algo que se pueda evitar, y convengamos que tampoco parece deseable que así sea. Ahora bien, sí es una realidad de lo que se debe tener conciencia, que debe ser estudiada y con la que debemos llevar especial

incluyen los criterios formales y materiales de validez de las normas no constitucionales. De esta manera, la interpretación de la ley requiere interpretar la Constitución para dar coherencia y sentido a las expresiones legales, por lo que los límites entre una interpretación y otra se confunden en la práctica⁷⁸.

En segundo lugar, respecto del argumento de la distinción entre principios y reglas caben dos lecturas alternativas. Por un lado, la indeterminación del lenguaje jurídico puede predicarse tanto de los principios como de las reglas. La diferencia entre ambas categorías no es tajante sino más bien débil, se trata en realidad de una cuestión de grado⁷⁹. De hecho, no resulta difícil encontrar principios que parecen reglas y reglas que parecen principios. Por ejemplo, el antiguo principio penal “*nulla poena sine lege*” establecido en el artículo 25.1 de nuestra Constitución de 1978: “*Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento*” se confunde fácilmente con la regla establecida en el artículo 1.1 del Código Penal español “*No será castigada ninguna acción ni omisión que no esté prevista como delito o falta por Ley anterior a su perpetración*”. Según el argumento de la distinción fuerte entre principios y reglas, la norma fijada en la Constitución constituiría un principio -aunque parezca una regla- mientras que la norma del Código Penal sería una regla -que bien parece un principio-. Por otro lado, la distinción también puede girar sobre la función que el operador jurídico dé a la expresión jurídica en un caso concreto. Independiente de consideraciones previas, el intérprete puede aplicar un principio como si fuera una regla y una regla como si fuera un principio. Por ejemplo, el principio de presunción de inocencia establecido en el artículo 24.2 CE: “*Asimismo, todos tienen derecho [...] a la presunción de inocencia*” se aplica sistemáticamente como una norma-regla, a falta de otra norma-regla en este sentido en nuestro Ordenamiento positivo⁸⁰.

cuidado a la hora de diseñar modelos de jurisdicción ordinaria y constitucional.

⁷⁸BARRANCO AVILÉS, M. C., op. cit., p. 95.

⁷⁹AARNIO, A., “Reglas y principios en el razonamiento jurídico”, *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 4, 2000, pp. 593-602.

⁸⁰PRIETO SANCHÍS, L., *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998.

Queda claro que la diferencia entre un tipo de interpretación, la jurídica y otro, la constitucional, no puede ser cualitativa, al menos desde la perspectiva lingüística que se viene manejando en la doctrina iusfilosófica de la interpretación jurídica. La naturaleza de la actividad interpretativa en el plano intelectual debe ser la misma en ambos tipos de interpretación⁸¹.

Ahora bien, desde la perspectiva de la responsabilidad institucional del agente interpretativo, me parecen importantes unos últimos comentarios. A diferencia de lo que sucede en la jurisdicción ordinaria, la interpretación que realiza el juez constitucional trasciende a todo el Ordenamiento jurídico y no está sometida, generalmente y como veremos a continuación, a ningún tipo de control directo de los demás poderes públicos⁸². Por un lado, la jurisprudencia que sienta en los procesos de amparo de derechos fundamentales se convierte en precedente de obligado seguimiento para el resto de jueces y magistrados. Por otro, la casuística constitucional ha evidenciado la función legislativa que opera *de facto* en la jurisdicción extraordinaria, creando deberes y derechos para todas las personas.

Sin embargo, quiero resaltar que ninguna de estas circunstancias parece justificar un tratamiento diferenciado de la interpretación jurídica y constitucional. En primer lugar, el argumento de la especial responsabilidad de las consecuencias de la jurisprudencia constitucional es meramente cuantitativo. Pese a que las consecuencias en este caso afectan a un mayor número de eventuales interesados, no parece admisible que las consecuencias derivadas de un caso de jurisdicción inferior merezcan menor atención o compromiso institucional. Por un lado, recordemos que “*Todas las personas tienen (igual) derecho a obtener la tutela judicial efectiva [...]*”⁸³. Pero además, este argumento se ve contrareestado cuando reconocemos que el índice de casos judiciales que se elevan a instancia constitucional es ínfimo en proporción al número de casos total de la jurisdicción ordinaria. Y cuando, para mayor abundamiento, se evidencia que el requisito de

⁸¹GUASTINI, R., op. cit., p 113.

⁸²ASÍS ROIG, R., “La interpretación de la Constitución. Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete”, p. 294.

⁸³Artículo 24.1 de la Constitución Española de 1978.

“especial importancia constitucional” necesario -implícita o explícitamente en los distintos Ordenamientos- para la admisión a trámite de los recursos de amparo queda en papel mojado una vez que reconocida la ambigüedad del mismo.

En segundo lugar, y como tuvimos ocasión de decir más arriba, es cierto que en el Tribunal Constitucional la función judicial y la función legislativa se confunden abiertamente. Sin embargo, la situación no es muy diferente en el caso de la jurisdicción ordinaria⁸⁴. En este sentido, me parece que los problemas de legitimidad que supone la creación judicial del derecho no deberían considerarse de menor calado en la justicia ordinaria que en la justicia constitucional. En realidad, los problemas de interpretación atañen cualitativamente a todos los órganos jurisdiccionales de igual modo. En consecuencia, los problemas de legitimidad de la interpretación judicial -más o menos creativa- deberían recibir un tratamiento transversal, incidiendo -como tendremos ocasión de avanzar al final de este trabajo- en la creación o reforzamiento de mecanismos dialógicos, de control de racionalidad y de legalidad, entre jueces y sociedad. Dicho de otro modo, no creo que la justicia ordinaria no adolezca de déficit democrático, seguramente que sí⁸⁵. Con todo, dejaremos la tarea de la democratización de la jurisdicción ordinaria para una investigación futura. Por ahora, vamos a centrar nuestra atención en el análisis del control de constitucionalidad, caso paradigmático e ilustrativo de creación judicial del derecho y cuestión que ha recibido atención mayoritaria por parte de la doctrina.

Así, en este motivo en este trabajo plantearemos una perspectiva diferente: el debate acerca de quién debe interpretar la Constitución, toda vez que el breve análisis de las concepciones interpretativas que hemos realizado en este apartado ha puesto de manifiesto que ni las normas jurídicas en general, ni las normas constitucionales en particular son absolutamente determinadas. De ahí que el

⁸⁴Y no, como sostiene PRIETO SANCHÍS “o el Tribunal [Constitucional] legisla, y entonces no interpreta, [...] o el Tribunal interpreta y entonces no legisla [...]” en “Notas...”, op. cit. p. 179.

⁸⁵La tradicional homogeneidad en el perfil de los jueces, los procesos de selección y promoción en la carrera judicial, la falta de figuras procesales representativas de los sectores más vulnerables, la figura del *Amicus Curiae*, etc. constituyen problemas añadidos que dejamos a un lado y esperamos retomar en otra ocasión.

interés creciente por el diseño institucional de las cortes constitucionales y su relación con la democracia se encuentra absolutamente justificado, aunque insisto, no necesariamente ha de tener un carácter político-moral mayor que cualquier otro tribunal.

Bien, lo dicho hasta aquí no significa negar la necesidad de interpretar la Constitución o la exigencia de un mecanismo o institución de control de constitucionalidad de las leyes. En absoluto. Lo que he pretendido ha sido subrayar los problemas de interpretación jurídica que dificultan, dentro de un sistema democrático, el otorgamiento al poder judicial de la tarea de “intérprete supremo de la Constitución”⁸⁶.

⁸⁶ “[D]ificultades que tienden a ser minimizadas, o pasadas por alto, por muchos de los defensores de la tarea de revisión judicial” en GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno*, op. cit., p. 78.

IV. EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD

En el siguiente apartado me dirijo a presentar la institución del control de constitucionalidad o *judicial review*. En primer lugar, se hace necesario un primer apunte metodológico a fin de circunscribir el objeto del debate que protagoniza esta exposición. En segundo lugar, realizaré un breve repaso histórico que da cuenta de los argumentos a favor y en contra de la institución. En último lugar, explicaré la principal objeción que se ha venido dando al control de constitucionalidad en la doctrina jurídica y política, a saber, la objeción contramayoritaria, y que recoge el núcleo del trabajo aquí desarrollado.

1) Sobre el *sentido fuerte* del control de constitucionalidad

En aras a la aclaración de las defensas y críticas vertidas en torno al control de constitucionalidad, me parece importante delimitar correctamente el objeto de este debate. La doctrina iusfilosófica y constitucional se ha referido tradicionalmente al *control judicial de constitucionalidad de las leyes con capacidad de invalidación*. Por consiguiente, dos elementos centrales demarcan la discusión: el control de la *legislación* y la capacidad de *invalidación*.

En primer lugar, respecto del objeto sobre el que recae el control de constitucionalidad es importante señalar que suele dejarse al margen de esta discusión las normas y los actos normativos dictados por el Gobierno, por cualquier Administración pública y por la justicia ordinaria. Nos estamos refiriendo al control de la actividad de desarrollo reglamentario del poder ejecutivo, a la cuestión de los recursos de amparo o a la tarea de unificación y armonización de jurisprudencia propias de las instancias más altas de la jerarquía judicial.

En mi opinión, aunque también esta tarea ciertamente entraña problemas de interpretación y legitimación propias de la tarea de aplicación judicial del derecho, se debe considerar como una actividad que *necesariamente* debe desempeñar algún tipo de instancia judicial. Frente a esta actividad -digamos más jurisdiccional que política-, la revisión de las leyes emanadas del parlamento, órgano representativo de la soberanía popular, no parece encontrar justificación imperiosa

en la teoría del Estado moderno sino que, como estamos a punto de ver, se puede considerar más artificiosa que funcionalmente imprescindible. A este objeto es sobre el que se han concentrado las críticas del control de constitucionalidad. Como veremos, en este sentido el problema de la interpretación judicial y de la legitimidad del poder judicial se puede y a mi juicio se debe evitar. Es esta función -digamos más política que jurisdiccional- de la justicia constitucional la que representará el objeto de la presente investigación.

En segundo lugar -y derivado de la función política a la que nos acabamos de referir- respecto a las consecuencias jurídicas de la tarea de control de constitucionalidad se han distinguido dos sentidos de control de constitucionalidad: uno débil y otro fuerte⁸⁷.

Por un lado suele hablarse de control de constitucionalidad en sentido débil para hacer referencia a los modelos constitucionales en que los tribunales constitucionales pueden indagar y pronunciarse acerca de la constitucionalidad de las leyes pero no tiene potestad para invalidarlas -algo parecido a la función consultiva que nuestro Consejo de Estado ostenta en la actualidad-. En este tipo de control el Tribunal Constitucional está planteado jurídicamente como un intérprete más de la Constitución, y por lo tanto no tiene la última palabra en la interpretación del texto constitucional. En estos casos al no existir supremacía judicial, podemos decir el Tribunal Constitucional tiene voz pero no tiene voto. Tal es el caso del *Constitutional Advisory Panel* de Nueva Zelanda o de la “Notwithstanding-Clause” de la Constitución de Canadá o el paradigmático sistema de supremacía parlamentaria de Reino Unido. El control de constitucionalidad en sentido débil no es al que se dirige generalmente el debate constitucional sobre la judicial review.

Por otro lado, se habla de control de constitucionalidad en sentido fuerte cuando el Tribunal Constitucional se configura como el intérprete último de la Constitución en un Ordenamiento jurídico y además ostenta la potestad de

⁸⁷Tomo la terminología propuesta por WALDRON, J. “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006, pp. 1354-1356.

invalidar las leyes. En estos casos, el Tribunal Constitucional deberá examinar si las leyes emanadas de la asamblea legislativa se ajustan al texto constitucional, debiendo proceder a su invalidación cuando entiendan que infringe la Constitución. Como veremos, el control judicial fuerte es originario de los Estados Unidos y en las últimas décadas se ha extendido -con algunas diferencias entre los distintos países- a una amplia mayoría de Estados democráticos del mundo, como España o Alemania. Es este sentido en el que se centra el debate doctrinal en torno a la legitimidad del control de constitucionalidad y en el que centraremos nuestro debate.

2) Origen norteamericano y trasplante a Europa

La revolucionaria norteamericana reputó importantes consecuencias ideológicas que configurarían el paradigmático modelo de Estado Constitucional norteamericano. Desde un momento muy temprano, en los Estados Unidos de Norteamérica la idea de la limitación del poder legislativo se consideró como una cuestión clave y central en el establecimiento de las bases políticas de la nueva nación. En este sentido, la Constitución norteamericana se estableció abiertamente en clave *limitadora* de la actividad legislativa de la asamblea popular. Convertida en norma fundamental del Ordenamiento jurídico estatal y con el fin expreso de salvaguardar los derechos fundamentales de todos los ciudadanos, en el continente americano la Constitución detentaría un valor normativo directo y superior a las leyes ordinarias que iba a establecer las bases de un nuevo modelo de Estado que, doscientos años más tarde, ha acabado por instaurarse en gran parte de los Estados actuales⁸⁸.

Frente a la situación resultante de la revolución francesa, donde en términos de uno de los *Padres Fundadores* de la nueva nación americana, J. Madison, habría que lidiar con “un gobierno en el que amplias y numerosas prerrogativas están

⁸⁸CUENCA GÓMEZ, P., “La constitucionalización de los derechos fundamentales en el siglo XX: dimensiones, rasgos y algunas consecuencias” en FERNÁNDEZ GARCÍA, E., ASÍS ROIG, F.J., ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX*, Dykinson, Madrid, en prensa, 2013.

depositadas en las manos de un monarca hereditario”⁸⁹, en el continente americano el recelo sobre los posibles excesos del poder de una mayoría parlamentaria en un régimen republicano marcó decididamente una amplia confianza en el poder judicial. En consecuencia, el principio de separación de poderes se materializaría en el caso norteamericano de un modo muy distinto a cómo se haría al otro lado del Atlántico. En Estados Unidos, con el denominado sistema de “frenos y contrapesos” se proveía a cada uno de los tres poderes del estado mecanismos suficientes para controlar al resto. Así, en aras al mantenimiento de un equilibrio cierto entre los tres poderes se articularon el veto presidencial, la facultad de ambas Cámaras legislativas para vetar las decisiones de la otra y en su caso imponerse al veto del ejecutivo, y finalmente el control judicial de las normas legislativas.

Pues bien, la opinión general de que el poder legislativo constituía el más peligroso de los poderes del estado para la libertad de los ciudadanos pronto generó la necesidad del establecimiento -junto con otras medidas como el veto presidencial o la configuración federalista de la nación- de un mecanismo judicial de defensa de la Constitución orientado a asegurar su supremacía normativa y el preceptivo sometimiento del legislador a los derechos fundamentales que la misma recoge. En este sentido, en los conocidos e influyentes debates constitucionales publicados en *El Federalista*⁹⁰, Alexander Hamilton -también uno de los nombrados *Padres Fundadores*- mantendría con insistencia que el poder judicial constituye el único poder capaz de hacer frente a una eventual tiranía parlamentaria⁹¹.

Ahora bien, es importante -muy particularmente a los efectos de este trabajo- tener en cuenta que en la defensa del control de constitucionalidad frente a

⁸⁹Citado en BLANCO VALDÉS, R. L., “La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana” en CARBONELL, M., (comp.), *Teoría Constitucional y Derechos fundamentales*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2002, pp. 15-44.

⁹⁰Una serie de 85 artículos publicados entre 1787 y 1788 por Alexander Hamilton, James Madison y John Jay donde se promovía la ratificación de la Constitución de los Estados Unidos y en la que las aportaciones de Hamilton y Madison en torno al papel que debían tener los jueces en el nuevo estado constitucional fueron decisivas en la configuración del mismo.

⁹¹GARGARELLA, R., op. cit., p. 71.

eventuales injerencias legislativas sobre los derechos fundamentales de las minorías⁹², se sostenía la necesidad de que el órgano judicial encargado de dicha tarea tuviera garantizada la independencia de su actuación. Precisamente, en opinión de los *Padres Fundadores*, a fin de que las decisiones de los jueces constitucionales fueran imparciales, se hacía necesario erigir un conjunto de jueces que fuera muy reducido, que se mantuviera apartado de la opinión pública y que estuviera constituido por personas especialmente capacitadas⁹³. Evidentemente, este planteamiento entraña la idea de que los nuevos jueces constitucionales se dedicarían exclusivamente a la aplicación nítida y aséptica de la Constitución -concepción formalista y cognitivista que predominaría en la práctica judicial norteamericana durante más de un siglo hasta la superación de la ya citada Era Lochner-.

A partir de esta visión, los autores que abogaban por el control judicial de constitucionalidad pretendían justificar que la tarea de la *judicial review* no constituía una tarea antidemocrática, antes al contrario. Con un examen judicial de las leyes ordinarias se estaría garantizando la efectiva supremacía de la Constitución, y por tanto se estaría constantemente consolidando la auténtica voluntad suprema de una ciudadanía valedora de la Constitución. Como dijimos más arriba, la interpretación de las leyes y la Constitución lleva aparejada algunos problemas de determinación que inevitablemente acabarían, según veremos, por cuestionar la plausibilidad de dicha tarea, al menos en los cándidos términos presentados hasta el momento. Con todo, el mecanismo de la *judicial review* no sería finalmente incorporado de manera expresa en el texto constitucional.

Sería, sin embargo, pocos años después de la ratificación de la Constitución norteamericana, cuando el propio poder judicial se acabaría arrogando la facultad de revisión de las leyes ordinarias. En 1803, el juez Marshall, resolvió la cuestión

⁹²Que, por otro lado, perseguían la protección de las minorías (*"the few"*) constituidas por "los pocos", "los que tienen el poder" o los "ricos o bien nacidos" y no respecto de minorías de personas menos empoderadas o más vulnerables de la sociedad. Las mayorías sociales representaban entonces, como ahora, un grave peligro para una minoría privilegiada celosa de sus prerrogativas. *Ibíd.*, pp. 50 y ss.

⁹³*Ibíd.*, p. 70.

sobre el control de constitucional en el veredicto de la famosa sentencia “Marbury v. Madison”. En esta sentencia, Marshall aseveró: “hay sólo dos alternativas—demasiado claras para ser discutidas—: o bien la Constitución controla cualquier ley contraria a aquélla, o la legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre tales alternativas no hay términos medios: o la Constitución es la ley suprema, inalterable por medios ordinarios, o se encuentra al mismo nivel que las leyes, y, por lo pronto, como cualquiera de ellas puede reformarse o dejarse sin efecto siempre que al Congreso le plazca. Si es cierta la primera alternativa, entonces una ley contraria a la Constitución no es ley; pero si en cambio es verdadera la segunda, entonces las constituciones escritas son absurdos intentos del pueblo para limitar un poder ilimitable por naturaleza [...]”⁹⁴. Así es como, haciendo suyas las tesis planteadas previamente en defensa de un mecanismo de judicial review, el juez resolvió a favor del establecimiento del control judicial sobre las leyes emanadas de la asamblea popular.

Este tipo de argumentos, digamos “de necesidad”, “pasó a constituir una de las más sólidas y difundidas defensas del control judicial, ya que en cualquier país donde se acepta la revisión judicial de las leyes, se recurre a principios similares a los sostenidos por Hamilton, y luego por Marshall, porque cuando se pretende el «autogobierno» del pueblo, y se pretende mantener inviolada la autoridad del pueblo—voluntad enraizada en la Constitución—, se está requiriendo un órgano capacitado para revisar la validez de las leyes”⁹⁵. Efectivamente, el trasplante a Europa a mediados del siglo XX del control de constitucionalidad americano se fundamentó precisamente en esta creencia.

A diferencia de lo que acaeció tras la revolución americana, en la Europa continental el principio de separación de los poderes servía al fin de regular la coexistencia en el Ordenamiento jurídico de sujetos políticos bien distintos, a saber, los nuevos representantes burgueses y el antiguo monarca que conserva el poder ejecutivo. Así, el modelo de Estado constitucional francés se configura sobre el escepticismo a la actuación ejecutiva del monarca y de un poder judicial que se

⁹⁴ «Marbury v. Madison», 5 U.S. (1 Cranch) 137 (1803).

⁹⁵ GARGARELLA, R., op. cit., p. 72.

había mantenido siempre amigo del régimen absolutista. Por el contrario, la confianza en el legislador era absoluta, y en este sentido se le encomienda en exclusiva la tarea de “dar forma y garantizar los derechos que, en su caso, sólo pueden ser límite frente a los restantes poderes públicos”⁹⁶.

De esta suerte, en el Viejo Continente, la Constitución se configuró como un documento político cuya única función consistía en la organización del funcionamiento de los poderes del Estado y sus relaciones mutuas y en donde las disposiciones materiales de derechos fundamentales se consideran en términos meramente dogmáticos, carentes de validez normativa⁹⁷. A diferencia de lo que se vive en el continente americano, donde el escepticismo recaía sobre la voracidad parlamentaria, el único responsable legítimo para dar contenido a la Constitución y a los derechos sería el legislador. En estos términos Tocqueville expresó la disparidad de visiones a ambos lados del Atlántico: “[S]é que al negar a los jueces el derecho a declarar inconstitucionales las leyes damos indirectamente al cuerpo legislativo el poder de cambiar la Constitución, pues no encuentra más barreras legales que lo detengan. Pero más vale conceder el poder de cambiar la Constitución del pueblo a unos hombres que representan imperfectamente las voluntades del pueblo que a otros que no se representan más que a sí mismos”⁹⁸.

Pues bien, vista la fuerte tradición de soberanía parlamentaria característica del modelo europeo, la extensión del constitucionalismo norteamericano al otro lado del Atlántico sólo podía deberse a lo que se percibió como el terrible fracaso de un modelo en que las mayorías populares gozaban de un poder ilimitado y en las que el respeto de los derechos fundamentales por parte de estas mayorías quedaba a merced su propia actuación.

El largo proceso histórico de cambio de un modelo a otro comienza en la época de entreguerras y culmina con la promulgación de las Constituciones posteriores a

⁹⁶BARRANCO AVILÉS, M. C., “Los contenidos materiales de las constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista”, VVAA, *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pp. 339-354, p. 345.

⁹⁷BLANCO VALDÉS, R. L., “La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana”, op. cit., p. 17.

⁹⁸Citado en ibíd. p. 32.

la Segunda Guerra Mundial. En el periodo de entreguerras, una serie de complejos factores⁹⁹ propician el debate acerca del valor de la Constitución y de a quién corresponde defenderla y se inauguran los primeros Tribunales Constitucionales europeos¹⁰⁰. La discusión entre H. Kelsen y C. Schmitt es de sobra conocida en la doctrina constitucional. Mientras para el primero la idea de un tribunal capaz de invalidar leyes sobre la base de principios de justicia conllevaría el mantenimiento en los jueces de un poder “insoportable”, para el segundo el defensor de la Constitución tenía precisamente la obligación de preservar una identidad nacional unitaria y determinada¹⁰¹.

Las fatalidades acometidas por los regímenes totalitarios que precedieron la Segunda Guerra Mundial puso de manifiesto la fragilidad en Europa de la protección de los derechos fundamentales en un modelo constitucional donde, como dijimos, el único control frente a los poderes mayoritarios eran ellos mismos. Con el final de la guerra, y siguiendo la estela del constitucionalismo norteamericano, varios Estados promulgaron nuevas Constituciones de corte material y con fuerza normativa que incluían el mecanismo judicial de control de constitucionalidad¹⁰². Motivados por la jurisprudencia activista progresista del Tribunal Supremo de los Estados Unidos a partir de la segunda mitad del siglo XX, la esperanza europea en el control judicial de constitucionalidad se extendería a lo ancho de Europa como la panacea de la protección de los derechos

⁹⁹Entre estos factores menciona como esenciales BLANCO VALDÉS, R. L., “La configuración del concepto de Constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana”, cit., p. 19, “la caída de los regímenes monárquicos convertidos en Repúblicas, o, en su caso, la progresiva marcha de los mismos hacia la parlamentarización, la apertura del marco político de la mano de la extensión del derecho de sufragio, y, en combinación con ella, la consolidación de los primeros partidos políticos de masas como fundamentales elementos vertebradores de la vida política e institucional, o el cambio en el tradicional equilibrio de poderes que había caracterizado durante el siglo XX a las monarquías constitucionales como consecuencia de la *fusión* política entre poder ejecutivo y poder legislativo típica del parlamentarismo”.

¹⁰⁰En 1920 se instauran el Tribunal Constitucional de Austria y el análogo en Checoslovaquia y el Tribunal de Garantías de la Segunda República española de 1933.

¹⁰¹En este sentido KELSEN, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de R.J. Brie, Tecnos, Madrid, 1995 y SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, trad. de M. Sánchez, Tecnos, Madrid, 1983. Para un estudio pormenorizado de estos debates vid. BARRANCO AVILÉS, M.C., *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 114 y ss.

¹⁰²En la década de los noventa la mayor parte de los estados europeos, y también muchos latinoamericanos, habían adoptado el modelo norteamericano de control de constitucionalidad, tal es el caso primero de Alemania o Italia y más tarde de Portugal, Grecia y España.

fundamentales.

Sin embargo, y como veremos a continuación, no deja de ser curioso que, precisamente cuando en Europa se está procediendo a una transformación de modelo constitucional en el que se va a situar al poder judicial como nuevo garante de los derechos fundamentales frente a las mayorías populares, en Estados Unidos, este modelo comienza a mostrar importantes debilidades prácticas y serias contrariedades teóricas¹⁰³.

B) La “dificultad contramayoritaria”

El funcionamiento del control de constitucionalidad propio del modelo constitucional norteamericano perduraría de manera esencialmente estable durante la práctica totalidad de su primer siglo de existencia. Sin embargo y como ya vimos, a partir de la época de la Era Lochner aparecen fuertes críticas a la hasta entonces predominante concepción formalista de la aplicación judicial del derecho. El Tribunal Lochner, de tendencia conservadora, se enfrentó abiertamente contra la política reformista del *New Deal* impulsada por el Presidente Roosevelt, dictando un excepcionalmente alto número de declaraciones de inconstitucionalidad¹⁰⁴.

Basándose en las críticas vertidas desde el pragmatismo jurídico del juez O.W. Holmes, también voces como la del juez del Tribunal Supremo B. N. Cardozo o la del entonces decano de la *Law School* de Harvard el profesor R. Pound comenzarían a manifestarse a favor de una nueva manera de entender y de hacer el derecho. Muy especialmente, el realismo jurídico norteamericano alzó firmes críticas contra la doctrina *Laissez- faire* del Tribunal Lochner¹⁰⁵. Debido a estas fuertes presiones académicas y a una intensa crispación social, a partir de 1937, el Tribunal Supremo de Estados Unidos finalmente transformaría su tipo de

¹⁰³ En todo caso, y como ya hemos señalado, también en Europa autores como Hans Kelsen habían mostrado sus reticencias frente a los peligros de otorgar demasiado poder al órgano judicial de control de constitucionalidad.

¹⁰⁴ En el período comprendido entre 1934-1936, el Tribunal Lochner anuló 11 de las leyes del plan del New Deal, DORADO PORRAS, J., op. cit., nota 27, p. 18.

¹⁰⁵ El mismo J. Frank, uno de los realistas más radicales de la tradición americana, había participado activamente en la elaboración del nuevo proyecto político del *New Deal*.

interpretación constitucional hasta lograr una postura de deferencia judicial hacia las decisiones del legislativo que dominaría el segundo cuarto de siglo. Paradójicamente, en esta época el tribunal habría de plantar la semilla del activismo de una jurisprudencia de valores que daría lugar a importantes objeciones sobre el valor y la legitimidad de su propia actuación.

Efectivamente, el fuerte activismo judicial progresista del Tribunal Warren (1953-1969) y de Tribunal Burger (1969-1986)¹⁰⁶ dio lugar a una serie de críticas por parte de autores -entre ellos diversos jueces de tendencia conservadora¹⁰⁷- que engendraron una nueva doctrina de interpretación constitucional, el originalismo, que como adelantamos *supra*, aboga por una interpretación formalista y textualista de los preceptos constitucionales entendiendo que, en aras de la imparcialidad judicial, el juez no debe añadir a su interpretación nada que los *Padres Fundadores* no hubieran contemplado.

Esta vez, empero, las reacciones desfavorables a la jurisprudencia antiformalista de los Tribunales Warren y Burger no provinieron únicamente de frentes conservadores. Tras la ruptura que el realismo jurídico había supuesto con la concepción formalista cognitiva del derecho, la posibilidad de que el Tribunal Supremo interfiriera en la agenda política del legislativo se percibía cada vez como más intolerable. Muchos autores progresistas vieron en el intenso activismo de estos tribunales serios riesgos de difícil justificación democrática y, puestos entre la espada y la pared, se vieron forzados a enfrentar este problema con especial atención, surgiendo nuevas posturas sobre la *judicial review* y la interpretación constitucional. A partir de la década de los 40 efectivamente, mientras que en todas las épocas anteriores, la objeción contramayoritaria en el plano doctrinal se activaba principalmente cuando existía una fuerte respuesta por parte de la

¹⁰⁶DORADO PORRAS, J., op. cit., p. 31. La batería de derechos que desarrolló y amplió el Tribunal Supremo en ambas etapas incluía innovaciones jurisprudenciales desde la prohibición de la segregación racial en la célebre *Brown Vs. Board of Education* de 1954 hasta la constitucionalización de las acciones afirmativas en el caso *Regents of the University of California Vs. Bakke* de 1978, para un detallado estudio de la jurisprudencia de ambos tribunales vid. el citado estudio.

¹⁰⁷Como el juez R. Bork, el presidente del Tribunal Supremo W. Rehnquist o el Fiscal General E. Meese.

opinión pública, lo característico de esta nueva fase es que la doctrina ha reavivado el debate sobre la legitimidad del control judicial de constitucionalidad más allá del juicio sobre la corrección política o coyuntural de las decisiones interpretativas.

Así, por primera vez en la doctrina norteamericana contemporánea¹⁰⁸, A. Bickel circunscribió el problema de la legitimidad democrática de la justicia constitucional, con su formulación de la “dificultad contramayoritaria”. En su opinión, los jueces “ejercen un control no en favor de la mayoría prevaleciente, sino en su contra” y “ésta es la razón -continúa Bickel- por la que se puede acusar al poder de revisión judicial de ser antidemocrático”¹⁰⁹. El control de constitucionalidad otorga a los jueces “la potestad para aplicar y dar forma a la Constitución, en asuntos de máxima importancia, contra los deseos de las mayorías legislativas que son, a su vez, incapaces de torcer la decisión judicial”¹¹⁰.

Desde entonces, la pregunta ¿por qué jueces que no son electos pueden y deben invalidar leyes emanadas del Parlamento democráticamente electo? ha recibido infinidad de respuestas. La mayoría, como veremos, han tratado de conciliar de modos distintos la tensión entre democracia y constitucionalismo, que es lo que en esencia nutre las críticas -o en su caso la defensa- de la polémica institución de la judicial review. En los últimos años, por otro lado, la controversia se ha visto acrecentada por la aparición de innovadoras e intensas críticas que proponen desnaturalizar o incluso eliminar la institución de revisión judicial. En cualquier caso la discusión ha alcanzado tal grado de intensidad en la doctrina que recientemente se ha mantenido que el control de constitucionalidad constituye la obsesión central de la teoría constitucional moderna en los Estados Unidos¹¹¹.

¹⁰⁸ Anteriormente, en *El Federalista*, T. Jefferson mantuvo una postura enfrentada al mecanismo judicial postulado por A. Hamilton., GARGARELLA, R., op. cit. p. 144 y ss. Por otro lado, y como mencionamos más arriba, en la doctrina europea, H. Kelsen advertía décadas antes de los problemas derivados de un control de constitucionalidad al estilo americano.

¹⁰⁹ BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch*, Bobbs-Merrill Ed. Publishing, Nueva York, 1978, p. 17.

¹¹⁰ *Ibíd*, p. 20.

¹¹¹ FRIEDMAN, B., “The Birth of an Academic Obsession: the History of Countermayoritarian Difficulty, Part Five”, *The Yale Law Journal*, núm. 73, 2002, p. 155. Curiosamente, este largo artículo constituye el último de una serie de cinco trabajos en torno sobre la historia de la objeción

En los siguientes apartados de este trabajo me propongo analizar cuatro teorías sobre la legitimidad democrática del control judicial de constitucionalidad en sentido fuerte. Todas las teorías, críticas o defensivas, de la institución de la judicial review guardan en el fondo una postura en torno a la relación -unas veces más dulce y otras más amarga- entre democracia y constitucionalismo.

Pero además, y como he intentado ir avanzando a lo largo de mi exposición, cualquier teoría que se pronuncie sobre la cuestión del control judicial de constitucionalidad maneja *necesariamente* una teoría de la interpretación apoyada en una concepción determinada de lo jurídico.

En todo caso, dividiré las propuestas según el origen o la fuente de legitimidad que se designe para la justificación o no del control de constitucionalidad. En este orden analizaremos la teoría sustantivista de Ronald Dworkin, la teoría procedimentalista de John Hart Ely, la teoría crítica de Jeremy Waldron y la teoría deliberativa de Jürgen Habermas.

contramayoritaria al control de constitucionalidad. En la doctrina de habla hispana también encontramos importantísimos trabajos como el citado y otros de R. Gargarella, V. Ferreres, C. S. Nino o J. C. Bayón.

V. DE UNA TEORÍA SUSTANTIVA A UNA TEORÍA ADJETIVA DE VALORES

A) El control de constitucionalidad de las leyes como garantía de protección sustancialista de los derechos fundamentales: R. Dworkin

1) *El concepto de derecho y la teoría de la interpretación jurídica en R. Dworkin: el derecho como integridad y la concepción cognitiva de la interpretación jurídica.*

La teoría de Ronald Dworkin es esencialmente una versión contemporánea de la teoría cognitiva que vimos *supra*. Pese a que el formalismo jurídico en su manifestación más estricta puede considerarse superado, en el planteamiento Dworkiano pervive una concepción cognitivo-racionalista del derecho que permite al autor norteamericano mantener la tesis de la no creación judicial del derecho¹¹².

En su célebre libro *Taking Rights Seriously*, Ronald Dworkin propone un concepto de “derecho como integridad”, que le lleva a criticar la teoría de la discrecionalidad judicial de H. L. A. Hart¹¹³. Como muchos otros antes que él, para Dworkin la aplicación del derecho tampoco consiste en un silogismo perfecto, pues las normas positivas no siempre son totalmente claras. En su lugar, la (correcta) aplicación del derecho pasa por un proceso de interpretación que se sirve de la (correcta) ponderación de los principios jurídicos que subyacen al Ordenamiento positivo. Como si de un ser pleno y moralmente íntegro se tratara, el concepto de derecho en Dworkin conmina a la observancia coherente de los principios morales de una comunidad, de su historia política y de los precedentes judiciales para la

¹¹²CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico como sistema normativo mixto*, op. cit., p. 349, donde se señala acertadamente que “el planteamiento de Dworkin constituye una excepción a la relación [...] entre el concepto amplio de interpretación y la concepción interpretativa escéptica y el concepto restringido de interpretación y la concepción interpretativa cognitiva [...] este autor defiende una teoría cognitiva desde la asunción de un concepto amplio de interpretación”.

¹¹³ Al comienzo de su obra *Law's Empire*, Dworkin critica el enfoque metodológico semántico que caracteriza al positivismo jurídico. Dworkin denominará “aguijón semántico” al problema de las teorías semánticas los criterios objetivos para todos los participantes con el que definir la corrección de las discusiones jurídicas. En su opinión, las teorías semánticas dan por hecho la objetividad y el uso común de los términos en los que se discute lo que el derecho es y no es. Aunque esta crítica metodológica no ha llamado la atención de muchos teóricos, para un estudio pormenorizado del “aguijón semántico” vid. BONORIBO, P. R., *Integridad, derecho y justicia: una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2003.

propuesta de la mejor justificación político-moral de un caso judicial. Dworkin se refiere a esta idea del modo siguiente: “[S]egún el derecho como integridad, las propuestas de la ley son verdaderas si figuran o surgen como consecuencia de principios de justicia, equidad y debido proceso que proporcionen la mejor interpretación constructiva de la práctica legal de la comunidad”¹¹⁴. Así, el intérprete del derecho no debe caer en el convencionalismo jurídico, por el que el derecho no es más que convenciones del pasado, sino que tiene la tarea de actualizar, construir el derecho caso a caso, reconstruyendo la historia constitucional a partir de los principios morales dinámicos de la comunidad¹¹⁵.

Al principio del trabajo ya hablamos de los problemas que se derivan de la concepción de norma como principio. Pues bien, según Dworkin, los principios no se aplican a la manera del todo o nada, esto es o se aplican o no se aplican -como es el caso de las reglas-, sino que se aplican gradualmente. Además, los principios se someten a un proceso de ponderación para el que las reglas no sirven ya que, puesto que éstas últimas tienen un significado unívoco, en el caso de un conflicto entre reglas, una de ellas sería inválida y dejaría de aplicarse. Por último, la pertenencia de los principios al derecho no depende de que hayan sido dictados según la autoridad y el procedimiento correcto, sino en función de su contenido justificatorio moral y fuerza argumentativa¹¹⁶. Ahora nos interesa entender su crítica a la tesis de la discrecionalidad de Hart y su propuesta interpretativa.

Para empezar, Dworkin distingue entre discrecionalidad débil y discrecionalidad fuerte¹¹⁷. El primer tipo de discrecionalidad se dará, bien cuando una decisión sea irrevocable (en sentido procesal) bien cuando el significado de una norma, aún determinado, no esté del todo claro. Dworkin se está refiriendo con esto a los

¹¹⁴DWORKIN, R., *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986, p. 164.

¹¹⁵Anotemos que, pese a la similitud del derecho como integridad con el concepto de derecho natural por considerar el derecho como algo moral, superior y anterior al derecho positivo, Dworkin, que no se considera a sí mismo iusnaturalista, no entiende el derecho como algo fijo, sino cambiante y dinámico lo mismo que la comunidad sujeta a ese derecho. En este sentido propone por ejemplo su metáfora de “la novela en cadena” en la que compara el derecho con una novela que se escribe por capítulos entre distintos autores, entre los que incluye a los jueces en DWORKIN, R., op. cit., pp 166 y ss.

¹¹⁶Dworkin critica la “regla de reconocimiento” propuesta por H. L. A. Hart en DWORKIN, R., *Los Derechos en Serio*, op. cit., pp. 94 y 95.

¹¹⁷Ibíd., p. 32.

casos fáciles planteados por Hart. Mientras, la discrecionalidad fuerte se dará cuando la ley sea indeterminada, pero como hemos dicho, Dworkin mantiene un concepto de derecho determinado; el derecho como integridad. En este sentido el derecho no termina, como sucede con el positivismo, donde acaban las normas-reglas. Dworkin entiende que las normas-principios pertenecen al ámbito jurídico tanto como las normas-reglas. Aceptado esto, Dworkin no puede admitir un concepto de discrecionalidad fuerte. Desde su concepto de derecho como integridad, aún cuando las normas-reglas no ofrezcan una respuesta, el juez siempre está sujeto a las normas-principios. El juez nunca tiene una discrecionalidad total en la interpretación del Ordenamiento, pues al incluirse los principios en el Ordenamiento jurídico, la ley nunca es absolutamente indeterminada¹¹⁸.

Ahora bien, si la claridad del lenguaje que Hart profesaba sobre el núcleo de certeza “se define en términos semánticos y no pragmáticos, esto es, se basa en la existencia de reglas y convenciones lingüísticas que preexisten a la asignación de significado y que delimitan *a priori* su corrección o incorrección”¹¹⁹, la determinación del derecho -principios incluidos- en la propuesta dworkiana responde a parámetros de una moralidad -no queda claro exactamente cuál moralidad- que encuentra cabida en el modelo político constitucional. La teoría de Dworkin no tiene pretensión de universalidad. En realidad, Dworkin pretende explicar el derecho de una particular cultura jurídica -el constitucionalismo norteamericano- en la que los derechos son compatibles con este enfoque interpretativo. Esta situación se dará en las culturas en que las prácticas jurídicas deban estar moralmente justificadas¹²⁰. La conexión entre el derecho y la moral es otra de las tesis de Dworkin, sobre la que se hace coincidir teoría jurídica y

¹¹⁸Entendida la imposibilidad de absoluta determinación racional del lenguaje del derecho que sería necesaria para poder hablar de unas “normas-principios” jurídicas *determinadas*, decir que el juez está sujeto a estos principios, es lo mismo que decir que el juez no está realmente sujeto a nada. Aunque contextualizado en un marco moral concreto, éste sigue siendo el punto más débil de la propuesta dworkiana, al que la propuesta hartiana no alcanza ofrecer una alternativa mucho más plausible.

¹¹⁹CUENCA GÓMEZ, P., *El sistema jurídico...*, op. cit., p. 401.

¹²⁰Esta característica de su teoría se encuentra expresamente desarrollada en su libro *Law's Empire*, op. cit., pp. 189 y ss.

teoría política.

La propuesta interpretativa de R. Dworkin incluye su conocida tesis de la “única respuesta correcta” y la propuesta de la figura del “juez Hércules”. Como vimos, a falta de determinación del derecho en las normas, es posible acudir a principios jurídicos, según el filósofo norteamericano no hay razón alguna para desdeñar la posibilidad de que el derecho como integridad contenga una “única respuesta correcta” para cada caso. Si estos principios son el resultado de la historia institucional del Derecho aplicable en cuestión¹²¹, y esta historia se puede conocer, entonces es posible averiguar la solución que el derecho en su integridad predeterminó para un caso concreto. Pues bien, esta “única respuesta correcta” es a la que debe dirigirse la interpretación -y en su caso la discrecionalidad débil- del juez.

Dworkin utiliza su conocido ideal del “juez Hércules” para ilustrar su propuesta de interpretación judicial constructiva. En este sentido, Dworkin propone tres etapas en la tarea interpretativa de los jueces¹²². Una primera etapa denominada “preinterpretativa” consiste en la identificación por parte del juez de “las reglas y estándares que dotan de contenido provisional a la práctica”. Esta fase necesita de un fuerte consenso en la comunidad que permita el claro reconocimiento de esas reglas y estándares, puesto que “[L]as reglas sociales no llevan etiquetas identificativas”. En segundo lugar, durante la etapa “interpretativa” el juez acuerda “una justificación general de los principales elementos de la práctica identificados en la etapa preinterpretativa”. Esto es, el juez debe cerciorarse de que “merece la pena” “lo suficiente” asignar esas reglas y esos estándares a la práctica social sin estar con ello “inventándose” el derecho¹²³. Será en la etapa “postinterpretativa” o “reformadora” donde finalmente “el juez ajusta lo que según él la práctica “realmente” requiere para adecuarse lo mejor posible a la justificación aceptada en

¹²¹Estos principios son principios morales a los que Dworkin denomina “principles” jurídicos, distinguiéndolos expresamente de las “policies”, que son las directivas que establecen fines políticos, económicos y sociales según criterios de utilidad o convivencia. A su juicio, los principios jurídicos y las directivas a veces pueden confundirse en su formulación positiva en *Los derechos en serio*, op. cit., p.9.

¹²²DWORKIN, R., *Law's Empire*, op. cit., pp. 65-68.

¹²³Ibíd.

la fase interpretativa”.

En resumen, el juez *toma* el derecho como integridad, de un modo digamos, vertical en las dos primeras etapas, para conocer la solución que el derecho le ofrece. Mientras, en la última etapa el juez puede y debe *reconstruir*, en un sentido horizontal, ese mismo derecho haciéndolo más justo. En su opinión, el juez debe buscar en las reglas y en los principios la “única respuesta correcta” que el derecho siempre ofrece. El “juez Hércules” se ubica en la etapa postinterpretativa, momento en que resolver los casos concretos a través de la construcción de la mejor teoría que reproduzca todo el sistema jurídico¹²⁴. Esta visión integradora del fenómeno jurídico no se manifiesta en términos generales sino de cara al derecho aplicable a cada caso concreto, supone la búsqueda de la decisión justificada para ese caso, la “única respuesta correcta”. Con todo, debemos insistir en que la figura del “juez Hércules” es un ideal con el que orientar la actuación de nuestros jueces, y no una descripción contrastada del ejercicio judicial. En sus propias palabras “nuestro derecho consiste en la mejor justificación de nuestras prácticas jurídicas como un todo, que consiste en la mejor historia narrativa que convierte a estas prácticas en lo mejor que pueden ser”¹²⁵.

2) La relación entre democracia y Constitución y la institución de la judicial review en R. Dworkin: la democracia de fines y los guardianes de la moral pública.

En el estudio de la justificación del control de constitucionalidad se hace patente una de las principales tesis de la doctrina dworkiana, a saber, la conexión entre el derecho y la moral, sobre la que se hace coincidir teoría jurídica y teoría política. Y es que la defensa de la judicial review se basa fundamentalmente en una lectura moral de la Constitución bajo el prisma de la integridad del derecho.

Una vez comprendido el sentido de derecho como “integridad” (precedente y principios morales) y la lógica de la interpretación constructiva del derecho, pasemos a analizar la relación que Dworkin plantea entre democracia y

¹²⁴DWORKIN, R., *Law's Empire*, op. cit., p. 173 y ss.

¹²⁵Cita del prefacio de *Law's Empire*, op. cit., p. vii. Como venimos apuntando, Dworkin no termina de revelar a qué se refiere con “lo mejor”.

constitucionalismo.

Para comprender la defensa de la institución de la judicial review que hace Ronald Dworkin, debemos analizar primero su concepción de la democracia. En Dworkin, la democracia tiene un corte esencialmente instrumental. Esto es lo que él mismo denomina la concepción 'dependiente' de la democracia, aquella que “supone que la mejor forma de democracia es *cualquier* forma que más probablemente produzca decisiones *sustanciales y resultados* que traten a todos los miembros de la comunidad con igual respeto o consideración” frente a la concepción 'independiente' que es aquella que juzga “el carácter justo o democrático de un proceso político fijándose en las características de ese proceso en sí, preguntando solamente si distribuye poder político de modo igualitario, no los resultados que promete producir”¹²⁶. Ello significa que para Dworkin la democracia no puede constituir un fin en sí misma, sino que se define en función de los resultados justos que de ella se logren. Por su parte, el punto de inflexión para medir la justicia de aquellos resultados es la igualdad entre las personas¹²⁷. Así, ¿es una democracia un sistema en el que las personas homosexuales no tengan garantizadas la libertad sexual? ¿Es democrático un proceso que tenga por resultado la restauración de la esclavitud o la legalización de la tortura? Según Dworkin, la respuesta sólo puede ser negativa y en ello encuentra la causa de positivización de los derechos en constituciones rígidas que las mayorías no puedan modificar fácilmente.

El argumento es sencillo y a primera vista resulta bastante intuitivo: “la pretensión definitoria de la democracia [constitucional] es [...] que las decisiones colectivas se hagan a través de instituciones políticas cuyas estructuras, composición y prácticas traten a todos los miembros de una comunidad, como individuos, con igual atención y respeto”¹²⁸. Por lo tanto, en un sistema constitucionalista, no cabe inferir un trato desigual a una minoría de la población,

¹²⁶DWORKIN, R., *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Massachusetts, 2000, p. 189.

¹²⁷Para un desarrollo exhaustivo de su teoría de la igualdad vid. en general DWORKIN, R., *ibíd.*

¹²⁸DWORKIN, R., *Freedom's Law. The Moral Reading of the American Constitution*, Massachusetts, Harvard University Press, 1996, p. 17.

la fuerza de las mayorías no puede oprimir a una minoría. Es en este sentido que Dworkin asevera que la “democracia quiere decir regla de la mayoría *legítima*, esto significa que el mero factor mayoritario no constituye una democracia a menos que ciertas condiciones posteriores sean satisfechas¹²⁹”. Desde esta perspectiva, la democracia se caracteriza por un tipo de acciones colectivas denominadas 'comunales' en las que -a diferencia de las acciones colectivas 'estáticas' que se caracterizan por la suma de las acciones individuales de una colectividad- los individuos convergen en su actuación funcionando como un grupo¹³⁰. Por lo tanto, todos los individuos deben ser tratados con igualdad y deben tener las mismas oportunidades para influir en el orden político que les rodea, de tal modo que para que se pueda considerar un “miembro moral” de una comunidad cada individuo debe tener “una *parte* en cualquier decisión colectiva, un *interés* en ella, e *independencia* de la misma”¹³¹.

Sin embargo, a partir de estos fundamentos todavía nos quedaría por dilucidar de qué manera se definen moralmente (1) y cómo se configuran políticamente (2) esas condiciones de justicia -principalmente de igualdad- que deben avalar el producto de la regla mayoritaria. Pues bien, las condiciones de justicia deben definirse moralmente desde la óptica del Derecho como integridad que vimos más arriba. Como veremos más adelante, esta cuestión es el plato fuerte de las críticas a la teoría jurídica de Dworkin. De momento, y en lo que a nosotros respecta, esto es, el control de constitucionalidad de las leyes, veamos de qué manera se van a conjugar en la teoría política de Dworkin democracia y constitucionalismo.

El constitucionalismo en general, y el control de constitucionalidad con especial idoneidad, se convierten en la mejor manera de asegurar el principio de igualdad entre todos los miembros de la sociedad. En su obra *Law's Empire*, Dworkin muestra su absoluto convencimiento de que la judicial review es el mejor aliado

¹²⁹DWORKIN, R., “Constitutionalism and Democracy”, *European Journal of Philosophy*, vol. 3, issue 1, pp. 2-11, 1995, p. 2.

¹³⁰Como apunta ZURN, C., esta distinción recuerda a la clásica distinción entre democracia agregativa de J. Locke y la democracia deliberativa de J. J. Rousseau, en su *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Cambridge University Press, 2007, p. 115.

¹³¹DWORKIN, R., *Freedom's Law*, op. cit., p 24.

para fortalecer la democracia: “[Gracias a que los jueces pueden hacer cumplir la Constitución] [L]os Estados Unidos es una sociedad más justa de lo que hubiera sido manteniendo unos derechos constitucionales dependientes de la conciencia de las instituciones mayoritarias”¹³². El control de constitucionalidad de las leyes se presenta como una garantía de los derechos de las minorías frente al poder de las mayorías de modo que la institución de la judicial review “no sólo no resulta antidemocrático sino que al contrario, resulta prácticamente indispensable a la democracia”¹³³.

Pues bien, uno de los motivos por los que el filósofo norteamericano defiende la labor del control de constitucionalidad en sede judicial y no a instancia de otros de los poderes del estado es que, puestos a dividir el trabajo entre los miembros de la sociedad, un tribunal como es el Tribunal Supremo de Estados Unidos se encuentra en la mejor posición institucional para realización eficiente de dicha tarea. Un tribunal independiente puede hacerse cargo de la exigente tarea de la interpretación constructivista de la Constitución, utilizando la citada 'integridad' del derecho, sin sufrir la presión propia de la actividad parlamentaria derivada de intereses partidistas o privados¹³⁴. Por el contrario, el poder legislativo no puede estar en condiciones de ser imparcial y por lo tanto de ejercer un control de constitucionalidad independiente e igualitario. Pero además, en opinión de Dworkin la labor que realiza el Tribunal Supremo como generador de debate público es mucho más rica y de calidad que la que pueden realizar los políticos al trasladar a la ciudadanía cuestiones de moral pública¹³⁵.

En argumentos como éste reconocemos una vez más la confianza de Dworkin en la actitud de los jueces como sujetos imparciales capaces de descubrir esa 'única respuesta correcta' que el derecho ofrece. Y es que es ésta la tesis principal

¹³²DWORKIN, R., *Law's Empire*, op. cit., 356.

¹³³DWORKIN, R., *Freedom's Law*, op. cit. p. 7.

¹³⁴DWORKIN, R., “Constitutionalism and Democracy”, op. cit., p. Para una defensa férrea del activismo judicial vid. PERRY, M. J., *The Constitution, the Courts and Human Rights: An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*, Yale University Press, New Haven & London, 1982, donde sostiene el deber de “policymaking” del juez constitucional incluso cuando no exista mandato constitucional.

¹³⁵DWORKIN, R., *Freedom's Law*, op. cit. p. 345.

de Dworkin en su defensa de la judicial review. La especial competencia de los jueces para encontrar la 'única respuesta correcta' del derecho es la base de su argumentario en pro del control judicial de constitucionalidad de las leyes¹³⁶. Esta especie de capacidad superior para la defensa de la moral política permite a los jueces aprehender las particularidades del derecho como integridad frente a los representantes parlamentarios y frente a los ciudadanos comunes. En particular, es en el Derecho constitucional donde surgen asunto filosóficos especialmente relevantes siendo labor inexpugnable de los jueces “formular y entender mejor los conceptos claves en los cuales se expresan nuestra moralidad política predominante y nuestra Constitución”¹³⁷.

En fin, la legitimidad del juez constitucional en la teoría se basa en la corrección del proceso interpretativo que éste, al igual que los jueces ordinarios, deberá llevar a cabo en los casos concretos. Así pues, la legitimidad de este ejercicio se sustenta en la visión de la ciudadanía como autor único del derecho (“la comunidad personificada”¹³⁸) que, a través de la práctica jurídica y de los principios morales de su comunidad va gestando el derecho como integridad, integridad a la que el juez tiene privilegiado acceso¹³⁹.

¹³⁶Por supuesto con esta especial aptitud o competencia judicial no se está haciendo referencia a cuestiones técnico-legales, propias de cualquier especialización laboral, sino a una capacidad superior para el razonamiento político-moral.

¹³⁷DWORKIN, R., “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, trad. de Leonardo García Jaramilla, *Isonomía*, núm. 32, abril, 2010, p. 10.

¹³⁸DWORKIN, R., *Law's Empire*, op. cit., p. 225.

¹³⁹Ibíd. Dworkin rechaza explícitamente el modelo interpretativo convencionalista (“que mira hacia atrás”) y el modelo interpretativo pragmatista (“que mira hacia adelante”) sosteniendo que el juez ni encuentra ni inventa el derecho sino que “hace ambas cosas y no hace ninguna”. Sin embargo, como veremos “[E]n consecuencia, es el juez el que *hereda* la integridad como aparato representativo de una justa y práctica legal en una comunidad de principios; es el juez el que *se convierte* en el representante del “autor único” de una interpretación coherente. Al final (...) otorga primacía a la jurisdicción sobre la democracia” en GUNTHER, K., “Legal Adjudication and Democracy: Some Remarks on Dworkin and Habermas”, *European Journal of Philosophy*, 3:1, 1995, p. 46. La cursiva es mía.

B) El control de constitucionalidad de las leyes como garantía de protección procedimentalista de la democracia: J. H. Ely.

1) El concepto de derecho y la teoría de la interpretación jurídica de J. H. Ely: la “textura abierta” del derecho y la concepción intermedia de la interpretación jurídica de H. L. A. Hart

El libro *Democracia y desconfianza: una teoría del control de constitucionalidad* publicado en 1980 constituye la obra más importante del jurista norteamericano John Hart Ely y una de las más trascendentes en el debate constitucional norteamericano. En *Democracia y Desconfianza* Ely nos presenta una nueva manera de conciliar teoría constitucional y teoría de la democracia. A diferencia de lo que hasta entonces se venía sosteniendo en la doctrina norteamericana -o bien el derecho tiene un significado claro por lo que el control judicial de constitucionalidad no es más que un “freno y contrapeso” que limita sin mayor problema la actividad legislativa, o bien el juez constitucional puede y debe acudir a criterios distintos del gramatical y de la intención del constituyente para interpretar correctamente la Constitución- la propuesta de Ely consiste en justificar el control judicial de constitucionalidad siempre y cuando se limite a la preservación de las condiciones procedimentales necesarias para el correcto funcionamiento de la democracia. Antes de analizar esta propuesta, veamos primero qué concepto de derecho y qué teoría interpretativa maneja Ely para defender esta propuesta de control de constitucionalidad y de interpretación constitucional.

Ely parte de la idea de que “tenemos una Constitución que necesita contenidos¹⁴⁰”. En su opinión, existen numerosas disposiciones constitucionales que se caracterizan por aquello que el iuspositivista H.L.A. Hart acuñaría años antes: la “textura abierta” del lenguaje de las disposiciones jurídicas. Así, por ejemplo: “Las disposiciones constitucionales se encuentran en un rango que varía

¹⁴⁰Aunque Ely se refiere a la Constitución de los Estados Unidos, los problemas que plantea en su obra son extensibles a cualquier sistema constitucional que incluya un control judicial de constitucional en sentido fuerte. *Ibíd.* p. 97.

de lo relativamente específico a la textura abierta”¹⁴¹. Antes de estudiar su propia teoría de la interpretación constitucional, detengámonos un momento en la teoría jurídica de Hart.

En 1961, el inglés H.L.A. Hart publicó lo que probablemente constituye una de las obras más importantes de la Filosofía jurídica del siglo XX: *El Concepto de Derecho*. En esta obra Hart presenta su conocida tesis de la “textura abierta del lenguaje”, de la que Hart se servirá para sostener un concepto estricto en sentido débil de la interpretación jurídica¹⁴². La “textura abierta” del lenguaje jurídico es la característica por la que en cualquier norma jurídica existe por un lado, un núcleo de significado cierto, donde se inscriben los considerados “casos fáciles” que son los casos claros, cotidianos, y, por otro lado, una zona de penumbra, donde se ubican los “casos difíciles”, dudosos, nuevos. Desde este prisma, el derecho se encuentra relativamente indeterminado -las normas jurídicas contienen una zona de determinación y una zona de indeterminación- permitiendo a Hart posicionarse en un plano doctrinal intermedio que ni desatiende ni exagera el carácter indeterminado de las reglas jurídicas. De esta manera le resulta sencillo rechazar tanto teorías interpretativas que entienden que el derecho está totalmente determinado como teorías interpretativas, que, en sentido contrario, entienden que el derecho se haya absolutamente indeterminado. Así es como, continuando con este planteamiento, Hart clasificaría en un famoso artículo los grupos de teorías interpretativas según la concepción del derecho a la que más se acercaran, a saber: teorías cognitivas, teorías escépticas y teorías intermedias, donde su propia teoría se ubica¹⁴³.

¹⁴¹Ibíd., p. 31.

¹⁴²Para su tesis acerca de la textura abierta del lenguaje jurídico, Hart se inspiró en las aportaciones a la filosofía del lenguaje del filósofo austríaco LUDWIG WITTGENSTEIN que en la segunda etapa de su obra propone considerar el lenguaje humano desde su realidad social y su función comunicadora. Vid. sus *Investigaciones Filosóficas* donde sostiene que el significado de un término depende exclusivamente del uso que se le dé, o en sus propios términos: el “juego” del lenguaje depende de “las formas de vida” de aquellos que lo usan, *Investigaciones Filosóficas*, Crítica, Barcelona, 2008 (1953).

¹⁴³Aunque a menudo esta clasificación ha servido para encorsetar cada una de las teorías interpretativas en posturas extremas que impiden una lectura provechosa de las mismas vid. HART, H. L. A., “Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana. Entre la Pesadilla y el Noble Sueño”, trad. de J. J. Moreso y P. E. Navarro, *El ámbito de lo jurídico: lecturas del*

Pues bien, desde su teoría intermedia, la dualidad núcleo de certeza-zona de penumbra que presentan las normas jurídicas va a definir la interpretación jurídica por oposición a la comprensión jurídica. El núcleo de certeza de una norma, al contener un significado claro y unívoco, no podrá ser objeto de interpretación, sino de mera comprensión. De este modo, los casos que caen en el núcleo de certeza de las normas no pueden dar lugar a la discrecionalidad interpretativa del juez. Sin embargo, cuando el caso se ubique en la zona de penumbra de la ley, esto es, cuando la ley es indeterminada, la tesis de la discrecionalidad de Hart sostendrá que, entonces, los jueces sí obran necesariamente con discrecionalidad al interpretar y aplicar la norma ya que: “en estos casos el derecho es fundamentalmente *incompleto*, puesto que *no* proporciona respuesta alguna a las cuestiones en juego”¹⁴⁴.

En la opinión de Hart, si el derecho fuera pleno, tal y como las concepciones cognitivistas sostienen, cualquier tipo de creación del derecho, no ya la judicial sino también la legislativa, carecería de sentido. Si la respuesta ya existe y los jueces pueden conocerla de modo fidedigno, ¿por qué íbamos a querer crear nueva legislación? En este sentido, el positivismo hartiano no puede compartir el concepto de “derecho como integridad” de Dworkin, y por ende rechaza la posibilidad de una “única respuesta correcta” para todos los casos, así como el ideal del “juez Hércules”¹⁴⁵. En su *Post Scriptum*¹⁴⁶ Hart reconoce no haber

pensamiento jurídico contemporáneo, (coor.) CASANOVAS POMPEU, R., Crítica, Madrid, 1994, pp. 327-352.

¹⁴⁴HART, H.L.A., “Postscriptum” en *The Concept of Law*, P. A. Bulloch y J. Raz (eds.), Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1994, p. 252. De todos modos, Hart también se detiene a diferenciar discrecionalidad y arbitrio judicial, y sostendrá que en los casos difíciles, el juez siempre *deberá* “tener razones generales que justifiquen su decisión”, op. cit., p. 137. En este sentido, la discrecionalidad no supone una libertad total del juez para actuar como le venga en gana, sino que se encuentra limitado por parámetros de racionalidad y justicia normalmente ofrecidos en la motivación de las sentencias. Vid. IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999, p. 29. En sentido contrario, para algunos autores la motivación de las sentencias no “es un mecanismo de justificación y control *suficiente* de las decisiones judiciales”, la cursiva en mía, en SEGURA ORTEGA, M., *Sobre la interpretación del Derecho*, Universidade de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003, p. 124.

¹⁴⁵ Como sí podría compartir el positivismo clásico.

¹⁴⁶Obra póstuma e inacabada, que editan y publican en 1994 su discípulo Joseph Raz y Penélope A. Bulloch, en que Hart respondía a las críticas vertidas sobre su trabajo, principalmente por parte de R. Dworkin.

prestado suficiente atención a la cuestión de los principios jurídicos que Dworkin le critica, pero reitera firmemente su concepto relativamente indeterminado del derecho. En su opinión, la diferencia entre reglas y principios de la que Dworkin se sirve para definir su concepto de “derecho como integridad” no es más que una diferencia de grado, compatible perfectamente con su tesis de la “textura abierta” del lenguaje jurídico y con su distinción entre núcleo de certeza y zona de penumbra. Desde su teoría no es difícil deducir -dice Hart- que en las reglas existe una menor indeterminación -o zona de penumbra- que en los principios, mientras que: “principios por lo general no [son] concluyentes, sólo señalan hacia una decisión pero, con frecuencia, no la determinan”¹⁴⁷.

En consonancia con los planteamientos del positivismo hartiano, Ely señala la “textura abierta” del lenguaje jurídico, esta vez, de muchas de las disposiciones de la Constitución norteamericana. Así, Ely rechaza expresamente las teorías originalistas y no originalistas de la doctrina norteamericana de la interpretación constitucional. El originalismo (“textualismo”) indica “que los jueces que deben decidir asuntos de constitucionalidad deberían limitarse a aplicar normas establecidas en la Constitución escrita o claramente implícitas en ella”¹⁴⁸. La tesis originalista, que sostiene que el significado unívoco de la Constitución se puede extraer del texto constitucional y de la voluntad o intención del legislador constituyente se compromete con una concepción cognitiva del derecho, para la que el derecho está absolutamente determinado¹⁴⁹. Tradicionalmente, desde esta posición lo que se pretende es atribuir neutralidad a la interpretación jurídica y evitar una imagen creativa -e ilegítima- de la actividad judicial.

Por su parte, las teorías no originalistas (“interpretación libre”) defienden “la posición contraria, que los tribunales deberían ir más allá de este conjunto de referencias y aplicar normas que no pueden ser descubiertas en el cuerpo del

¹⁴⁷ HART, H.L.A., “PostScriptum”, op. cit., p. 122.

¹⁴⁸ ELY, J. H., *Democracia y desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad*, Ed. Siglo del Hombre, trad. Magdalena Holguín, Bogotá, 1997, p. 17. Para un estudio detallado de las teorías de la interpretación constitucional en la doctrina estadounidense vid. en general DORADO PORRAS, op. cit.

¹⁴⁹ Salvo para el caso singular de R. Dworkin que es cognitivista no-originalista.

documento” para acudir a criterios de valoración ideológica¹⁵⁰. Desde esta concepción escéptica del derecho, en la que se insertan realistas, pragmatistas y defensores del activismo judicial en general, el derecho es indeterminado y para su interpretación el juez acude, consciente de ello o no, a fuentes muy distintas de las “cuatro esquinas del documento” constitucional¹⁵¹.

Pues bien, Ely sostiene la “imposibilidad de un textualismo limitado por cláusulas”. En su opinión “la Biblia del textualista”, contiene preceptos que ineludiblemente invitan a la interpretación libre. Deberíamos por tanto rechazar la posibilidad de conocer con certeza el significado de, al menos, ciertas disposiciones constitucionales particularmente vagas. Esto no significa, como se plantea desde el activismo judicial, que el juez debe acudir a fuentes relativas a una teoría sustantiva de valores. En el seno de una sociedad pluralista como la sociedad estadounidense, no resulta plausible encontrar criterios morales objetivos de los que el juez pueda servirse. Deberíamos también rechazar las teorías que confían en los valores personales del juez, en el derecho natural, en la tradición, en la filosofía moral o en el consenso de la opinión pública para descubrir el sentido de los valores fundamentales que la Constitución consagra. Cualquiera de estas teorías implican la inadmisibile utilización de criterios extrajurídicos en la determinación el derecho. Veamos qué alternativa interpretativa ofrece Ely en su lugar.

2) La relación entre democracia y Constitución y la institución de la judicial review en J. H. Ely: la democracia como mercado y la corte como árbitro

En la opinión de J. H. Ely, las dos propuestas interpretativas que acabamos de exponer generan una “falsa dicotomía” respecto de la naturaleza misma del constitucionalismo pues ninguna de estas posturas se puede conciliar con “los presupuestos democráticos implícitos en (nuestro) sistema¹⁵²”. Por un lado, la falacia textualista ata al legislador, al juez y a los ciudadanos a preceptos

¹⁵⁰Ibíd., p.19.

¹⁵¹J. H. Ely utiliza esta expresión repetidamente en la versión original en inglés de *Democracia y desconfianza* para referirse al texto mismo de la Constitución.

¹⁵²Ibíd., p.17.

constitucionales antiguos y particularmente abstractos. Por el otro, desde el activismo judicial -en cualquiera de sus variantes- los jueces se dedican a imponer unos valores sustantivos desligados de la Constitución y en contra de las leyes democráticamente promulgadas.

¿Cómo puede ser posible que “un cuerpo que no es electo, ni es políticamente responsable de otra manera significativa, les está diciendo a los representantes elegidos por el pueblo que no pueden gobernar como lo desean”?¹⁵³ En la opinión de Ely, el control de constitucionalidad de las leyes representa un ataque frontal a las bases esenciales de la democracia. En lugar de la tradicional institución de la judicial review, Ely propone una teoría puramente procedimentalista de la interpretación constitucional.

En la fundamentación de su novedosa teoría del control de constitucionalidad, Ely sostiene una concepción de la democracia puramente procedimental. Al contrario que en el caso de Dworkin, para quien la legitimidad de un proceso democrático depende de los fines que con él se logren, la democracia en Ely define su legitimidad únicamente sobre cuestiones procedimentales. El mejor modo de entender el proceso democrático en un sistema representativo de gobierno sería asimilando la democracia a un mercado de donde compiten intereses en conflicto. Desde esta concepción agregativa de la democracia, las condiciones formales de participación en el proceso político -y no su producto sustantivo- constituyen el elemento central del sistema democrático. Según Ely, la Constitución no persigue proteger una ideología sustantiva particular sino la democracia representativa como forma de gobierno¹⁵⁴.

Esto no significa que las mayorías legislativas puedan actuar exentas de cualquier limitación, antes al contrario: deberán responder de la corrección de las condiciones procedimentales de las decisiones que en su seno que tomen. Pues bien, la institución que mejor puede realizar este control de corrección formal de

¹⁵³Ibíd., p. 23. Como vimos *supra* al estudiar las teorías intermedias de la interpretación jurídica, también Hans Kelsen plantean este interrogante.

¹⁵⁴Aunque se refiere a la Constitución norteamericana sirve para los modelos análogos, democracias constitucionalistas. ibíd., p. 102 y ss.

los procesos legislativos es -según Ely- un tribunal independiente del parlamento.

En su opinión, los jueces son expertos útiles en pequeños procesos de investigación de hechos, pero también en aquellos asuntos de política pública que se pueden decidir de manera imparcial. Pero además, cuando existen fallas en el funcionamiento de la democracia representativa -bloqueo de canales de participación política o que un grupo se beneficie sistemáticamente a expensas de una o más minorías- “los representantes elegidos son las últimas personas en las que deberíamos confiar para la identificación de tales situaciones pues serían juez y parte, y por tanto, los jueces, que están fuera del proceso político, están más capacitados para llevar a cabo esta tarea”¹⁵⁵.

El juez constitucional debería garantizar que los procesos legislativos se realizan de modo justo y abierto en igualdad a todos los actores del mercado político. En la propuesta de Ely, se encomienda al Tribunal Constitucional algo así como “una orientación “antimonopolista” por oposición a una orientación “reguladora” que “sólo interviene cuando el mercado político funciona mal”. De manera ilustrativa, el intérprete constitucional adoptaría un posición de “árbitro” en el juego democrático garantizando la participación y reforzando la representación de todos los jugadores en el campo político, sin favorecer al jugador que más nos guste¹⁵⁶. En particular, el juez constitucional debería prestar especial atención a las leyes que restringen la participación política y que perjudican a las fuerzas políticas minoritarias¹⁵⁷.

Debido, como hemos visto, a la “textura abierta” de las disposiciones constitucionales relativas a los derechos fundamentales, Ely rechaza la posibilidad del control de constitucionalidad de cuestiones ajenas al procedimiento

¹⁵⁵ ELY, J.H., “Toward a representation-reinforcing mode of judicial review”, *Maryland Law Review*, vol. 37, 1978, p. 487, citado en DORADO PORRAS, J., op. cit., p. 138.

¹⁵⁶ *Ibid.*, p. 129.

¹⁵⁷ Ely se sirve de la jurisprudencia sentada a partir de la famosa Nota número 4 de la sentencia *United States vs Carolene Products Co.* donde se prescribe el “escrutinio estricto” que el Tribunal Supremo debe realizar cuando “el prejuicio contra minorías discretas e insulares pueda constituir una condición especial, que tienda seriamente a viciar la operatividad de aquellos procesos políticos a los que de ordinario se confía la protección de las minorías”, *United States v. Carolene Products Co.*, 304 U.S. 144, 153 n.4 (1938).

democrático. El intérprete constitucional ha de limitarse a la protección de los derechos políticos fundamentales, garantizando la participación y representación política sin entrar a valorar las cuestiones referentes a los derechos civiles y sociales, cuya regulación debe quedar en manos de los representantes políticos. Ahora bien, tal afirmación no debe dar lugar a confusión. Pese a que el constitucionalismo -entendido como modelo paradigmático de defensa de los derechos fundamentales- parece quedar bajo mínimos en la teoría de Ely, el profesor no niega que algunos derechos no políticos deban ser protegidos. Ciertamente, Ely es un firme defensor de los derechos civiles, si bien “la reflexión [me] ha convencido de que [...] las libertades se encuentran más seguras cuando hay fundamento en una teoría que defiende nuestro entero gobierno” frente a la posibilidad de una conquista de derechos civiles que dependa de los jueces¹⁵⁸.

En este sentido Ely parece sostener aquí la distinción de Hart entre casos fáciles y casos difíciles. En los primeros correspondería la inclusión de los derechos políticos y en los segundos aquellos derechos que no tienen que ver directamente con la participación política, a saber, derechos civiles, sociales, económicos y culturales. Desde este prisma, el significado de las disposiciones constitucionales relacionadas con los derechos políticos se muestra determinado, pudiéndose extraer fácilmente del texto constitucional. Por el contrario, las disposiciones que atañen a los derechos no políticos se caracterizan por una especial vaguedad, o por una notable zona de penumbra, que impide al juez constitucional interpretar correctamente su significado. Quedaría así justificado el control de constitucionalidad de los derechos políticos frente a los derechos civiles en el plano de la determinación del derecho.

Ahora bien, igual que la distinción hartiana entre casos fáciles y caso difíciles no estuvo exenta de críticas, la distinción entre derechos políticos y derechos no políticos de Ely también lo está¹⁵⁹. En ambos casos las críticas son similares: el

¹⁵⁸Ibid., nota sin numerar.

¹⁵⁹En ambos sentidos. DWORKIN, R., *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Massachusetts, 1985, pp. 59-69.

discernimiento entre zona de certeza y zona de penumbra, así como el discernimiento entre derecho político y derecho no políticos depende a su vez de la previa interpretación del juez. Así pues, ¿qué sucede con los derechos que afectan al proceso político pero que no son derechos políticos en sentido estricto? ¿Puede considerarse una democracia constitucional un sistema en el que los ciudadanos tengan derecho a votar a sus representantes políticos pero no sepan leer el nombre de los candidatos de la papeleta electoral?

V. “Del populismo constitucional a la democracia deliberativa”

A) La crítica al control de constitucionalidad desde una concepción mayoritaria de la democracia: J. Waldron

1) El concepto de derecho y la teoría de la interpretación jurídica en J. Waldron: el escepticismo moderado y el positivismo ético

El neozelandés Jeremy Waldron es uno de los autores más críticos en el debate anglosajón de la institución de la judicial review. Su teoría en contra del control judicial de constitucionalidad es probablemente una de las más influyentes y sólidas en el campo de la filosofía política. Siguiendo con la estructura que mantuvimos en la anterior parte de este trabajo, examinemos la teoría jurídica en la que Waldron y otros autores del “populismo constitucional” parecen basarse para sostener su crítica al control judicial de constitucionalidad y su exigencia de devolución de dicho control a la sede parlamentaria¹⁶⁰.

El hilo conductor de la teoría jurídica y política de Waldron es su convencimiento de que, en el seno de sociedades plurales (“como las nuestras”¹⁶¹), la existencia de desacuerdos “de buena fe”, razonables y profundos entre las personas es algo tan ineludible como positivo para la propia

¹⁶⁰ El “populismo constitucional” es una corriente de pensamiento recientemente surgida en la doctrina norteamericana y singularmente crítica con la institución de la judicial review. A ella se adhieren autores como Jeremy Waldron, Mark Tushnet, Larry Kramer, Robert Post o Reva Siegel. Aunque en el siguiente apartado tendremos oportunidad de detenernos en sus principales postulados, por ahora me parece importante señalar que, sin denostar el mérito académico y el contundente valor político de otros autores “populistas”, al objeto de este trabajo he preferido centrar mi atención en la teoría de Jeremy Waldron. Ello se debe a varios motivos. En primer lugar, el “populismo constitucional” es un movimiento tan amplio, poco definido y con enfoques metodológicos tan diferentes entre los distintos autores que merece una investigación exclusiva que desbordaría los límites formales y materiales de este trabajo. Un segundo motivo, derivado de lo anterior, es que no parece prudente adscribir una misma y única teoría jurídica a todos los autores de un mismo movimiento cuando sólo coinciden en ciertas ideas generales de su filosofía política. En tercer lugar, debo recordar que no resulta habitual en muchos autores presentar un desarrollo solvente de alguna teoría jurídica con la que se identifiquen y que pueda respaldar su propuesta política. En último lugar, al tratarse de una teoría moderada, la de J. Waldron me resulta especialmente provechosa para el curso que estamos siguiendo en este trabajo, en el que en breve consideraremos el interesante *ensemble* democracia-constitucionalismo que se propone desde las filas de la democracia deliberativa.

¹⁶¹ A lo largo de su libro *Law and Disagreement*, Waldron parece interesarse en sociedades “como las nuestras”, a saber “sociedades liberales modernas”.

convivencia¹⁶². En su opinión “no resulta sorprendente, ni antinatural, ni irracional, pensar que personas razonables disienten entre sí” sobre cuestiones morales fundamentales¹⁶³. Según Waldron, tales desacuerdos morales, que ineludiblemente se traducen en desacuerdos políticos, resultan irresolubles en última instancia y, lejos de suponer un problema para el derecho, constituyen precisamente el motor de éste. Uno de los principales movimientos que mantuvo este tipo de tesis es el conocido Critical Legal Studies (en adelante, CLS)¹⁶⁴. Aunque Waldron en particular se acerca más a las propuestas del positivismo ético o normativo que a las del CLS¹⁶⁵, no deja de ser cierto que parten de una concepción del escéptica muy similar. En cualquier caso, entre el CLS y el “constitucionalismo popular”, toda vez que autores paradigmáticos del primero lo son también del segundo¹⁶⁶.

¹⁶² Referencias a la “buena fe” pueden encontrarse, por ejemplo, en *Law and Disagreement*, p. 93 o en “The Core of the Case Against Judicial Review”, *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006, p. 1368.

¹⁶³ *Law and Disagreement*, op. cit., p. 112.

¹⁶⁴ El movimiento Critical Legal Studies es una corriente norteamericana muy poco delimitada tanto en autores como programa, pero que supo mantener una resonancia importante en la década de los setenta y ochenta. David Trubeck y Duncan Kennedy fueron los precursores y junto a ellos, Roberto M. Unger, Mark Tushnet y feministas como Catharine A. MacKinnon son exponentes destacados del movimiento. El CLS pronuncia su primera “Conference on Critical Legal Studies”, en mayo de 1977 en la Universidad de Wisconsin en Madison. La gestación de este movimiento estuvo marcada por una serie de convulsiones sociales y políticas en los años sesenta protagonizadas por profesores de izquierda en algunas de las más importantes universidades de los Estados Unidos. El grueso de sus tesis, siempre críticas y subversivas, no tienen vocación de universalidad, sino que se caracterizan por atender a problemas locales. Sobre este corte postmoderno, todos los autores que se consideran “crits” rehúyen de la elaboración de una gran teoría del derecho. El enfoque que mantiene el CLS pretende romper la autonomía de las cuestiones estrictamente técnico-jurídicas. Los miembros de CLS mantienen un planteamiento holístico del Derecho. No se ven a sí mismos como filósofos del Derechos, sino como juristas dedicados al Derecho positivo, que investigan y enseñan dogmática jurídica sin perder el enfoque subversivo que les caracteriza. Siguiendo su propio método de “trashing” (demolición) les mueve un espíritu instrumentalista y una intención política clara. Para una provechosa aproximación al movimiento vid. PÉREZ LLEDÓ, J. A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid, 1996.

¹⁶⁵ A diferencia del CLS, Waldron da más peso al texto de la ley que a la idea de “buscar la justicia en el caso concreto”. En este sentido, ha llamado “positivismo normativo” a la tesis de la desconexión conceptual entre Derecho y moral por las ventajas morales de dicha desconexión, WALDRON, J., “Normative (or Ethical) Positivism”, en COLEMAN, J.(ed.), *Hart’s Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 411-433.

¹⁶⁶ En varios momentos a lo largo de su obra Waldron rehúye de este movimiento. P.e. “Se sigue, también, que la exposición que desarrolla el Critical Legal Studies acerca de las “contradicciones” y la “indeterminación” inherente a nuestro lenguaje jurídico no resulta ni sorprendente ni concluyente”, WALDRON, J., “Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues”,

Uno de los principales proyectos del CLS ha sido avivar la denuncia contra el formalismo jurídico y el objetivismo moral¹⁶⁷. Pese a la fuerte crítica que formuló el realismo norteamericano y que pareció convencer a la mayor parte de los juristas en Estados Unidos de la falacia formalista, según los “Crits” aún hoy persiste un fuerte formalismo en el derecho, y, además, muchos de aquellos autores que hoy se consideran realistas apenas se han limitado a tomar conciencia de la complejidad del fenómeno jurídico sin renovar efectivamente su *modus operandi* de hacer y pensar el derecho¹⁶⁸.

Pues bien, todos los autores críticos suscriben la tesis de la indeterminación del derecho. Esta tesis comprende dos proposiciones. En primer lugar, la regla (individualmente considerada) contiene una zona de penumbra debido a su textura abierta¹⁶⁹. Este nivel de indeterminación se suele multiplicar para cada caso concreto ya que normalmente siempre va a existir más de una regla aplicable para un mismo caso. Sin embargo, y a diferencia de lo mantenido por el positivismo hartiano, “[L]os CLS rechazan la idea de que la determinación y la indeterminación sean “cualidades” o “atributos” inherentes a la norma, independientes del trabajo del intérprete”¹⁷⁰. En segundo lugar, el derecho no dictamina cuál de esas normas

California Law Review, vol. 82:3, 1994, p. 540, o “[D]udo que este argumento [el del valor del debate parlamentario] convenza a aquellos cuyas contribuciones principales a la filosofía del derecho consisten en acentuar la indeterminación de los significados de las palabras que se encuentran en los textos jurídicos.”, WALDRON, J., *Law and Disagreement*, p. 100.

¹⁶⁷ UNGER, R., “The Critical Legal Studies Movement”, *Harvard Law Review*, vol. 96, núm. 3, 1983, pp. 561-675. “Por formalismo no quiero decir aquello para lo que normalmente se utilice: la creencia en la disponibilidad de un método deductivo o quasideductivo capaz de dar determinadas soluciones a problemas particulares del derecho. Lo que quiero decir con formalismo, en este contexto, es un compromiso a, y por tanto también una creencia en, un método de justificación jurídica que pueda ser claramente enfrentado a disputas abiertas acerca de los significados básicos de la vida social [...] Podemos añadir otro distintivo a la tesis formalista: que solamente a través de ese método restringido y relativamente apolítico, es posible la doctrina del derecho”, p. 564.

¹⁶⁸ En esta línea también voces desde el pragmatismo jurídico para quienes, a la hora de la verdad (investigaciones, docencia, ejercicio, motivaciones de las sentencias) el formalismo sigue siendo el pan de cada día en el funcionamiento del derecho. Vid. por ejemplo la opinión de POSNER, R. en op. cit. Por otro lado, tal es el alcance de esta crítica que el CLS se esfuerza por realizar una lectura del realismo jurídico original que le lleva a repudiar incluso las reconstrucciones propuestas por el postrealismo jurídico contemporáneo, en PÉREZ LLEDÓ, J. A., *ibid.*, pp. 255-260.

¹⁶⁹ Vid. *supra* donde explicamos la teoría jurídica de H. L. A. Hart.

¹⁷⁰ KENNEDY, D., “Una alternativa fenomenológica de izquierda a la teoría de la interpretación jurídica de Hart y Kelsen”, *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, trad. de G. Moro, Siglo XXI, Buenos Aires, 2010., p. 93.

indeterminadas debe escoger el juez para su aplicación al caso. Para ello sería necesaria la existencia de un meta-criterio que, no sólo ningún autor cognitivista ha podido ofrecer, sino que de existir padecería los mismos problemas de indeterminación que el resto de normas y devendría necesario acudir a un nuevo meta-meta-criterio y así *ad infinitum*.

Muchos realistas confiaron en que esta indeterminación se vería reducida acudiendo a principios y objetivos políticos concretos que subyacen en las reglas positivas¹⁷¹. Sin embargo “mientras que los realistas acentuaron las reglas en conflicto, los CLS acentúan (además) los principios e ideales en conflicto, de hecho irreconciliables [...] la invocación de los principios sólo sirve para empujar hacia otro nivel el punto por el cual se introduce la indeterminación y tiene lugar la elección judicial”¹⁷². Por lo tanto, esta corriente rechaza cualquier objetivismo moral que plantee la posibilidad de la existencia en el derecho de una única solución correcta para cada caso concreto.

Incluso si uno considera que los conflictos jurídicos se vienen solucionando a través de una actuación de los tribunales relativamente satisfactoria, el movimiento CLS mantiene la indeterminación sobre los fundamentos de las sentencias de aquellos tribunales. Para ellos, esa estabilidad del sistema, esa sospecha aparentemente fundada, sobre cómo se resolverá un caso, no se debe a las normas en sí, sino a “herramientas argumentativas que la cultura jurídica pone a disposición de los jueces para generar el [falso] efecto de necesidad jurídica”¹⁷³. No es más que un reflejo puntual del proceso dinámico de lucha política que se asienta en el origen y en el funcionamiento cotidiano del Derecho. Esa misma norma, en una cultura jurídica distinta, con convenciones y principios diferentes, bien podría dar lugar a un resultado nuevo que seguiría estando jurídicamente

¹⁷¹Vimos *supra* como este es el caso de Karl Llewellyn, que con ello pretendía aclarar, reformular el derecho para aumentar la predecibilidad de las sentencias.

¹⁷²ALTMAN, A., “Legal Realism, Critical Legal Studies and Dworkin”, *Philosophy and Public Affairs*, vol. 15, núm. 3, 1986, p. 217. En concreto, las contradicciones intrínsecas del liberalismo no pueden permitir una paliación de esa indeterminación, pues generan las aspiraciones ético-políticas con las que el derecho está simultáneamente en tensión, MORO, G., “Introducción”, KENNEDY, D., *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica*, Siglo XXI, Buenos Aires, 2010, p. 12.

¹⁷³KENNEDY, D., “El comportamiento estratégico en la interpretación jurídica”, op. cit., p. 36.

justificado, como de hecho sucede incluso en un mismo contexto de tiempo y espacio¹⁷⁴. Así “mientras que la práctica estable es alcanzable, la tesis del CLS es que los esquemas justificatorios son inalcanzables”¹⁷⁵.

Sin embargo, esto no significa que la teoría jurídica crítica sostenga la tesis de la “indeterminación radical del derecho”. El CLS rechaza las concepciones esencialistas del lenguaje jurídico, pero de esto no puede deducirse que abracen el relativismo moral ni que afirmen que las reglas jurídicas no determinan absolutamente nada la decisión del juez¹⁷⁶. Más bien, los autores críticos subrayan el papel limitado o secundario de las normas positivas en la aplicación del derecho en el sentido de que “su influencia está mediada, y que su determinación o indeterminación “intrínseca” o “esencial” es incognoscible”¹⁷⁷. Es en este sentido cuando D. Kennedy afirma que “[s]e puede decir que el juez está a la vez en libertad y maniatado: libre, en tanto que puede orientar su trabajo en la dirección que así lo desee pero restringido por la pseudo-objetividad de la ley tal y como suele aplicarse, la cual el juez podrá (o no) superar”¹⁷⁸.

Volvamos ahora al autor que nos ocupa. Waldron también rechaza cualquier concepto determinado del derecho y por ende cualquier concepción cognitiva -e incluso intermedia mixta- de la interpretación jurídica¹⁷⁹. En su opinión, pese a que

¹⁷⁴No es difícil sostener que percepciones individuales distintas coexisten y sobreviven en un mismo Ordenamiento jurídico. Un sólo jurista puede, en un caso concreto, salir victorioso con una interpretación alejada de las convenciones sociales mayoritarias.

¹⁷⁵Cita de Mark Kelman en PÉREZ LLEDÓ, J. A., op. cit., p. 266. Para los miembros del CLS el *balancing method* de R. Dworkin no puede consistir en una labor técnico-argumentativa más racional o sólida que el simple discurso político. En la opinión de estos autores, no hay motivo para pensar que el razonamiento jurídico es significativamente menos irracional que la argumentación moral y política.

¹⁷⁶Ni tampoco cuestiona la legitimidad democrática del juez intérprete de la jurisdicción ordinaria, KENNEDY, D., “Una alternativa fenomenológica de izquierda a la teoría de la interpretación jurídica de Hart y Kelsen”, op. cit., p. 112, aunque sí hacen tambalear los cimientos de “la estructura conceptual liberal que distingue los tribunales de las legislaturas, el derecho de la política, la toma de decisiones técnica de la toma de decisiones democrática, y el imperio de la ley de la tiranía”, ibíd., p. 125.

¹⁷⁷Ibíd., p. 100, donde incluso se opone expresamente a tal tesis considerándola ingenua y torpe, propia de aquellos que “jamás leyeron una sentencia judicial” y que creen que pueden comprender los problemas específicos del derecho a la luz de alguna herramienta filosófica de moda, v.g., la deconstrucción

¹⁷⁸KENNEDY, D., Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS), Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1999, p.107.

¹⁷⁹No sólo critica la tesis de la “única respuesta correcta” de R. Dworkin. Asimismo critica la idea

a menudo el significado de los términos del derecho se “estipulan” para alcanzar ciertos propósitos en una comunidad, las personas de esa comunidad “no serán capaces de descartar la posibilidad de que dos o más de éstos [significados] puedan confrontarse en un caso dado”¹⁸⁰. En su explicación, Waldron se sirve de la idea rawlsiana de los “límites de la razón” para aplicarla -a diferencia del propio J. Rawls- al significado de los términos relativos al “derecho y al bien”¹⁸¹. En su opinión, también los desacuerdos en torno a los derechos se asientan sobre “serias cuestiones de filosofía política con repercusiones significativas para las vidas de mucha gente”¹⁸² y no en torno a problemas interpretativos técnicos de plausible solución. Para Waldron, los desacuerdos en el derecho, o la indeterminación del lenguaje que rige en el derecho, es algo dado por la naturaleza misma del derecho, y cualquier teoría que sostenga la posibilidad de un conocimiento cierto acerca de lo que el derecho es o significa está abocada al fracaso.

De este modo Waldron no duda en reconocer que el lenguaje jurídico se caracteriza por ciertos niveles de vaguedad, ambigüedad y controversia, todos ellos agrupados en torno a la cuestión general de la indeterminación del derecho¹⁸³. En su opinión, el principal problema que existe con los términos jurídicos -en particular con los términos presentes en preceptos constitucionales- no es que desconozcamos su significado. El asunto es, más bien, que no estamos de acuerdo sustancialmente en “el contenido de los principios últimos” que operan en ese significado. Así, por ejemplo, aunque todos conocemos el significado

hartiana de de zona de certeza/zona de penumbra haciendo una lectura de L. Wittgenstein distinta de la que realiza H.L.A. Hart. Vid. “Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues”, op. cit., pp. 517-520.

¹⁸⁰ WALDRON, J., “Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues”, op. cit., p. 525.

¹⁸¹ WALDRON, J., “The Core of the Case Against Judicial Review”, op. cit., p. 1368, haciendo referencia a las circunstancias subjetivas de la “posición original” de la teoría de la justicia del filósofo norteamericano John Rawls que expresan el “hecho del pluralismo razonable”: independientemente de cuán imparcial y altruista sean los miembros de una comunidad, se mantendrán en desacuerdo respecto de su religión, filosofía y moral. Vid. RAWLS, J., *Political Liberalism*, 1993.

¹⁸² WALDRON, J., ibíd., p. 1367.

¹⁸³ Waldron utiliza el término “contestability” -sin traducción exacta al castellano- para referirse a la circunstancia por la que el significado de un término se halla en disputa entre los usuarios del mismo. WALDRON, J., “Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues”, op. cit., p. 513.

general del término “cruel” no se puede decir que exista acuerdo acerca del alcance que ese significado tiene en un caso dado. Pero Waldron da un paso más en la indeterminación de los términos constitucionales. En su propuesta afirmará que “parte del significado de esas palabras es indicar que se requiere un juicio de valor”¹⁸⁴. El significado del mandato es claro: la norma dicta, precisamente, que cualquiera que la aplique debe elucidar un juicio de valor. Pero el hecho de que el derecho no indique qué juicio de valor debe realizarse no le resta univocidad al texto. Eso sí, con mucha probabilidad, en sociedades colmadas de valores en conflicto, “distinta gente aplicará el precepto en modos distintos”¹⁸⁵.

Ahora bien, tampoco este autor abrazará la tesis de la indeterminación radical del derecho, rechazando expresamente la idea de que las palabras puedan aceptar cualquier significado. En realidad Waldron afirma que “[el derecho] pretende asociarse con *cualquier determinación interpersonal que pueda haber en la comunicación por medio de lenguaje natural*”¹⁸⁶. De la vaguedad de un término, por lo tanto, no puede derivarse la absoluta indeterminación de su significado en “un área dada, o con respecto al discurso de una comunidad dada”¹⁸⁷. El derecho funciona -mejor o peor- porque entre nosotras existe la necesidad de tomar ciertas decisiones en común, sin que por ello los desacuerdos razonables se disuelvan. Desde esta perspectiva, “el imperio de la ley no sólo implica la producción de determinadas normas, sino respeto por una cierta herencia en el tema y en el estilo de nuestros debates políticos y jurídicos”¹⁸⁸.

¹⁸⁴Ibíd., p. 527.

¹⁸⁵Ibíd., p. 529.

¹⁸⁶WALDRON, J., *Law and Disagreement*, op. cit., p. 101. En este punto Waldron se muestra reticente a cualquier teoría del derecho que pretenda explicar el porqué o el cómo de esa determinación interpersonal del lenguaje jurídico “o incluso de qué es lo que implica que posean tal indeterminación” y prefiere dejar esta cuestión en manos de lingüista o filósofos.

¹⁸⁷WALDRON, J., “Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues”, op. cit., p. 525. En este artículo Waldron distingue la cuestión de la vaguedad, de la ambigüedad y de la controversia como elementos diferenciados e integrados de la indeterminación del lenguaje jurídico.

¹⁸⁸Ibíd., p. 540.

2) *La relación entre democracia y Constitución y la institución de la judicial review en Waldron: la “tesis de la no-diferencia” y el “populismo constitucional” moderado*

Acabamos de ver el criterio de Jeremy Waldron en la cuestión de la indeterminación del derecho. Aunque adopta una postura escéptica sobre la determinación del derecho, Waldron reconoce la existencia de un cierto recorrido intersubjetivo del lenguaje jurídico ligado a una suerte de usos y convenciones que modelan la legitimidad del uso del derecho. Mientras esta postura puede defenderse con firmeza en el plano de la filosofía jurídica, Waldron sostiene que, en el plano de la filosofía política judicial, poco debiera importar la cuestión acerca de la indeterminación en el derecho. Esta idea se sustancia en su “tesis de la no-diferencia”¹⁸⁹.

La cuestión es, en su opinión, que si ningún cognitivista puede aportar un método eficaz para lograr cierto grado de determinación jurídica y ningún escéptico puede aportar un método eficaz para lograr cierto grado de justicia en la aplicación de las normas, ¿qué trascendencia *debe* tener en la práctica judicial que los filósofos sostengamos que el derecho es más o menos indeterminado? A su juicio, tanto si creemos en la existencia de una moral objetiva que opera en el derecho como si creemos lo contrario, nunca podremos demostrar que la interpretación que un juez realiza de una norma es objetivamente correcta o errónea.

Bien que un juez -o un filósofo- esté convencido de la existencia de una “única respuesta correcta” y nadie dude de su firme voluntad por suministrarla, lo más que puede hacer es mantener que “bajo su criterio” la que presenta es la respuesta correcta, pero desde luego no puede demostrar frente a los litigantes, que es él y no sus abogados quién conoce tal razón objetiva “incluso si el

¹⁸⁹Esta tesis coincide con la tesis de la irrelevancia de la determinación del derecho que vimos en las teorías escépticas. Para una interesante crítica a la utilidad y coherencia de esta tesis vid. SMITH, D., “The Use of Meta-Ethics in Adjudication”, *Oxford Journal of Legal Studies*, vol. 23, núm. 1, 2003, pp. 25-47.

objetivismo moral tiene razón”¹⁹⁰. Waldron expresa esta idea de la siguiente manera: “Que haya una respuesta correcta “ahí fuera” significa efectivamente que un juez no se está volviendo loco cuando sale arduamente en su busca. Pero su mera existencia no conduce al juez a perseguirla, y ya no digamos a determinar que será capaz de alcanzarla. Diferentes jueces alcanzarán resultados distintos aunque todos ellos consideren que están buscando la respuesta correcta, y no hay nada en la ontología de las respuestas correctas que les proporcione una razón para pensar que su propio punto de vista es más correcto que el de los demás”¹⁹¹. Por lo tanto, el debate meta-ético acerca del realismo y del antirealismo moral resulta irrelevante para la cuestión de la arbitrariedad judicial y por tanto no debería tener implicaciones en su tratamiento.

Resulta importante en este sentido aclarar que Waldron en absoluto mantiene que el debate sobre el objetivismo moral se halle conceptualmente inconexo de las teorías de la interpretación jurídica y de las teorías acerca del control de constitucionalidad. Por supuesto que nuestras ideas sobre el realismo o el antirrealismo moral condicionan nuestras ideas sobre la interpretación judicial, pero qué postura tomemos en el debate meta-ético no debería originar diferencias sobre el nivel de discrecionalidad en la interpretación, ya que ninguna doctrina puede ofrecer una verdad moral objetiva, por más que insista en su existencia. En suma, la idea de una moral objetiva tiene poca utilidad en política.

No es difícil darse cuenta que con esta tesis Waldron espera proporcionar una justificación insuperable de su crítica del control judicial de constitucionalidad algo así como un “digan lo que digan y le pese a quien le pese, la arbitrariedad judicial es un hecho”. Veamos el argumentario que este autor, en línea con el “populismo constitucional”¹⁹², ha presentado en el debate específico de la judicial review.

¹⁹⁰ WALDRON, J., *Law and Disagreement*, op. cit., p. 216.

¹⁹¹ *Ibid.*, p. 222.

¹⁹² El “populismo constitucional” es una corriente recientemente surgida en los círculos académicos norteamericanos. Los autores que se adscriben a esta corriente, aunque tienen planteamientos muy distintos entre ellos, abogan porque la interpretación última de la Constitución no se mantenga en manos de los jueces. Dos miembros conocidos de esta corriente son Mark Tushnet, miembro a su vez del movimiento Critical Legal Studies, y que critica cualquier forma de judicial review,

Efectivamente Jeremy Waldron defiende que la disputa sobre el control judicial de constitucionalidad se debe ganar o perder, no desde el debate sobre una posible moral objetiva, sino sobre la base de argumentos morales de equidad, justicia y democracia¹⁹³.

Lejos de suponer una garantía para la democracia, Waldron mantiene que la práctica constitucional, y muy especialmente el control judicial de constitucionalidad, resultan absolutamente antidemocráticos¹⁹⁴. Tal escepticismo ante el constitucionalismo no significa que Waldron sea un enemigo de los derechos fundamentales. Ni mucho menos. En su opinión “existe una congruencia natural entre los derechos y la democracia” que se materializa en el derecho *sine qua non* de la democracia, a saber, el derecho a participar en la elaboración de las leyes¹⁹⁵. Por el contrario, su inquietud por el constitucionalismo como teoría política se debe a la idea de que las constituciones existen por y para “controlar, limitar y restringir el poder del estado”.¹⁹⁶ En concreto, la idea de que un grupo selecto de jueces pueda anular la voluntad de los representantes del pueblo democráticamente elegidos constituye una aberración a la democracia difícil de justificar.

incluido a diferencia de Waldron, el judicial review en sentido débil, y Larry Kramer que a partir de una revisión histórica de los escritos de *El Federalista* y del caso *Marbury v. Madison* se propone desmitificar la idea de que la judicial review constituye un elemento necesario y originariamente previsto en el modelo constitucional americano. Para una breve introducción a la corriente vid. la recensión de éste último en GARGARELLA, R., El nacimiento del “constitucionalismo popular”, *Revista de Libros de la Fundación CajaMadrid*, núm. 112, 2006.

¹⁹³WALDRON, J., *Law and Disagreement*, p. 220.

¹⁹⁴ZURN, C., op. cit., recuerda que aunque J. Waldron es principalmente conocido por su feroz crítica a la judicial review lo cierto es que su tesis crítica del constitucionalismo es planteable frente a cualquier institución política que ostente supremacía final sobre órganos políticos plurales y representativos que decidan en virtud de la regla de la mayoría, en p. 142.

¹⁹⁵WALDRON, J., *Law and Disagreement*, op. cit., p. 337. Es más en su artículo “A Right-Based Critique of Constitutional Rights”, Waldron sostiene que si el constitucionalismo defiende los derechos de los individuos es porque asume cierta capacidad para el razonamiento moral de esos mismos individuos. Si esto es así, en lugar de arrebatárselos la decisión sobre el alcance de tales derechos, debería asignárselos directamente. Este argumento no parece muy acertado. El hecho de reconocer derechos entre nosotros no significa necesariamente que nos fiemos los unos de los otros, vid. “A Right-Based Critique of Constitutional Rights” *Oxford Journal of Legal studies*, núm. 13, 1993, pp. 8-51.

¹⁹⁶Aunque su idea sobre el “constitucionalismo” no está muy clara, para una interesante aproximación a su crítica del constitucionalismo entendido como limitación -en nombre de los derechos fundamentales y de mayorías (pasadas)- a la democracia mayoritaria y actual vid. su Working Paper “Constitutionalism: A Skeptical View”, *New York School of Law Public Law & Legal Theory, Research Paper Series*, Working Paper núm. 10-87, 2012.

Por un lado pues, creer en derechos no significa comprometerse con una carta de derechos. A diferencia de lo que tradicionalmente se ha venido sosteniendo acerca de las constituciones -que como vimos no son mucho más que un conjunto de preceptos especialmente indeterminados-, éstas no pueden resolver la cuestión de los desacuerdos políticos profundos entre los miembros de la sociedad. Se puede detener en ellos, y de hecho lo hace, pero desde luego no los va a resolver. Como mucho, indica Waldron, los términos abstractos de una Constitución pueden constituir el sitio decidido popularmente en el que discutir algunos asuntos¹⁹⁷. Por otro lado, “en lugar de alentarnos a confrontar tales desacuerdos directamente, la judicial review con mucha probabilidad nos llevará a enmarcarlos como cuestiones de mera interpretación de aquellas insulsas formulaciones”¹⁹⁸. Desde esta perspectiva, el desacuerdo -especialmente sobre cuestiones de justicia en general o de derechos en particular- es propio de democracias sanas y por ello Waldron defiende que la sociedad es mejor al mantener para sí la discusión acerca de ciertas cuestiones de lo que sería si esas cuestiones “fueran artificial o estipulativamente concluidas”¹⁹⁹.

Una vez reconocida la existencia de desacuerdos razonables, de buena fe y profundos en sociedades liberales, procede preguntar ¿cómo hacemos frente a la necesidad de ponernos de acuerdo en determinadas cuestiones morales y en aras de una convivencia común, pacífica y democrática? Es decir, cómo debemos adaptarnos a lo que Waldron denomina las “circunstancias de la política”, a saber, la existencia de profundos desacuerdos y la necesidad de un curso de acción común entre los miembros de un grupo²⁰⁰.

A diferencia de lo que vimos en el caso de R. Dworkin, para quien la democracia era un instrumento al servicio de determinados fines morales, la concepción de la democracia en Waldron puede entenderse como un bien en sí mismo. Esto es, la legitimidad moral de la democracia no debe basarse en la

¹⁹⁷“The Core of the Case Against Judicial Review”, op. cit., p. 1368 y p. 1393.

¹⁹⁸ Ibíd, p. 1369.

¹⁹⁹WALDRON, J., “Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues”, op. cit., p. 540.

²⁰⁰ Toma el término de las “circunstancias de la justicia” de la Teoría de la Justicia de J. Rawls, WALDRON, J., *Law and Disagreement*, op. cit., p. 123-124.

obtención de unos fines ético-políticos determinados, tal y como se presenta en el constitucionalismo, sino en el reconocimiento de que el *proceso* democrático es el único capaz de garantizar *per se* el respeto a la autonomía moral de todos sus miembros. Según Waldron, la más básica de las pretensiones de la democracia, esto es, que todos los miembros de un grupo se consideren sujetos únicamente a las normas que ellos mismos se autoimponen, solamente puede garantizarse a partir de una visión procedimentalista de la democracia mayoritaria. En el mayoritarismo -nos dice Waldron- las opiniones de todos los miembros reciben el mismo trato. Pese a que no todas las preferencias terminan por imponerse, un sistema así puede asegurar que todos los miembros estén en igualdad de voz y voto. Más que ninguna otra fórmula, insiste Waldron, la regla de la mayoría concede a cada opinión el máximo peso posible, dada la necesidad de que todas las opiniones deben conservar el mismo valor. En suma, “[C]uando estamos en desacuerdo acerca del resultado deseado, cuando no queremos inclinar la cuestión hacia un lado u otro, y cuando cada uno de los participantes pertinentes ostenta la reivindicación moral a ser tratado como un igual en el proceso, entonces la regla de la mayoría -o algo parecido- es el principio a emplear”²⁰¹.

A pesar de que, así entendida, esta concepción de la democracia parece aproximarse a una concepción agregativa tradicional en la que lo que cuenta es la suma de las meras preferencias e intereses privados de una mayoría, Waldron entiende que lo que en verdad cuentan son las opiniones razonadas y razonables de los miembros de la comunidad²⁰². Es decir, la democracia consiste en la agregación de todas las voces de sus miembros, pero tal agregación se encuentra condicionada por un proceso deliberativo previo en el que se filtren las meras opiniones e intereses egoístas de sus miembros y permanezcan los desacuerdos profundos y razonables en los que Waldron basa su teoría.

Evidentemente, desde la perspectiva que Waldron viene sosteniendo, el órgano mejor situado para tomar decisiones respecto a los desacuerdos morales

²⁰¹WALDRON, J., “The Core of the Case Against Judicial Review”, p. 1388.

²⁰²ZURN, C., op. cit., p. 143, anota esta diferencia y propone el término “mayoritarismo deliberativo” para denominar la propuesta de J. Waldron.

propios de todas las democracias es, sin duda, el parlamento. En la disputa entre democracia y constitucionalismo, entre mayorías y minorías, entre poder legislativo y poder judicial, debemos empujar la balanza hacia la soberanía parlamentaria pura. En este sentido, Waldron va a defender el valor intrínseco del órgano legislativo, proclamando la “dignidad de la legislación”. En su opinión, las asambleas legislativas se caracterizan por una saludable pluralidad y un gran número de representantes que, unido a determinados procesos y estructuras formales, favorece la deliberación necesaria para resolver las disputas más profundas de la sociedad. La política comparada demuestra que los debates parlamentarios sí pueden ser de calidad, con una dinámica dialéctica, razonada y razonable y no meras situaciones en donde la discusión transcurre a modo de gallinero. La calidad de los debates de los parlamentos británico, canadiense, o australiano, entre otros, debería eliminar el recelo hacia la capacidad de los legisladores para tratar asuntos polémicos como el aborto o el matrimonio homosexual con la responsabilidad que merecen²⁰³.

Por todo lo dicho, Waldron rechaza la idea de supremacía judicial inherente al control judicial de constitucionalidad de las leyes. Las decisiones constitucionales no son una cuestión de interpretación jurídica sino de pura elección de valores. En su opinión, lo mejor será que la interpretación constitucional quede en manos del parlamento.

Existen distintas razones que debemos tener en cuenta a la hora de establecer un proceso para la resolución de desacuerdos sobre derechos. En su respuesta a los defensores del control judicial de constitucionalidad, Waldron distingue entre “razones de proceso”, y “razones de resultado”, algunas de las cuales ya hemos tenido ocasión de analizar.

Desde el punto de vista de las razones procesales, el poder legislativo es claramente superior, en términos de legitimidad democrática, al poder judicial. Los legisladores responden constantemente de sus actos frente a sus representados y realmente se comportan al menos como si les importara la obligación de

²⁰³WALDRON, J., “The Core of the Case Against Judicial Review”, op. cit., p. 1349.

representación inherente al cargo que disfrutaban. Nada puede decirse en este sentido respecto del cargo judicial. Además, aún suponiendo que el problema del déficit de representación pudiera superarse, si aceptáramos que determinados asuntos debieran decidirse por los jueces miembros de un Tribunal Constitucional, ¿por qué deberían decidirse por mayoría simple? No tiene ninguna lógica procesal esperar un resultado mejor del juicio mayoritario de nueve o diez jueces frente al de un grupo de doscientos o trescientos legisladores²⁰⁴. La cuestión es que si uno de los órganos, el judicial o el legislativo, fuera claramente superior al otro determinando qué derechos debemos tener, la discusión sobre la legitimidad formal tendría menos sentido. Para bien o para mal, no se puede decir -en general- que el poder judicial haya hecho más en la conquista por los derechos que el poder legislativo.

Por último, respecto a la idea de que los jueces tienen encomendada la tarea de mantener el compromiso de los ciudadanos con la Constitución -dejando de lado el problema de la vaguedad de sus preceptos- una vez que surge una alternativa a ese compromiso, ¿por qué debería prevalecer y mantenerse aquel precompromiso? Lo más correcto sería discutir las nuevas visiones sobre los derechos en sede parlamentaria y no someter todas las propuestas alternativas al control de los jueces. Es cierto que la opción de una reforma constitucional podría devolver el asunto al parlamento soberano. Sin embargo, uno debe reconocer que la tarea de enmienda constitucional suele exigir mayorías cualificadas que dificultan seriamente tal alternativa²⁰⁵.

Las razones “de resultado” que se esgrimen a favor del control judicial de constitucionalidad tampoco convencen a Waldron. Desde la óptica de la “dignidad del legislador”, los jueces no deliberan ni más ni mejor de lo que lo hacen los legisladores, o, dicho de otro modo, no hay motivos para que los legisladores deliberen más ni mejor. Más aún, los jueces tampoco motivan sus sentencias más

²⁰⁴ *Ibíd.*, p. 1391. Sobre el uso de la regla de mayoría simple en los tribunales de altas instancias vid. el Working Paper “Five to Four: Why do Bare Majorities Rule on Courts?”, *NYU School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, núm. 12-72, 2013.

²⁰⁵ WALDRON, J., “The Core of the Case Against Judicial Review”, *op. cit.*, p. 1394.

o mejor que los legisladores sus propuestas normativas. En realidad, la diferencia entre el debate parlamentario y la argumentación judicial es que “la segunda está principalmente dirigida a cuestiones de interpretación y doctrina, mientras que en el primero los creadores de normas pueden centrarse firmemente” en la cuestión de fondo²⁰⁶.

²⁰⁶Ibíd., p. 1385.

B) La crítica al control de constitucionalidad desde una concepción deliberativa de la democracia: J. Habermas

1) El concepto de derecho y la teoría interpretativa de J. Habermas: la “teoría discursiva” del derecho

La teoría del derecho de Jürgen Habermas constituye una de las contribuciones más ambiciosas, interdisciplinar y completa de la filosofía del derecho europea de los últimos años. Habermas se ocupa del estudio del derecho desde una compleja perspectiva holística y reflexiva del fenómeno jurídico que le permite, y en algunos momentos incluso le obliga, a aunar en una misma teoría -a la que denominará “teoría discursiva del derecho”- materias asociadas a disciplinas tan diferenciadas en la tradición iusfilosófica como son la sociología, la filosofía moral, las teorías de la argumentación jurídica, el derecho constitucional o el derecho internacional.

La teoría del derecho habermasiana centra su atención en los sistemas legales occidentales modernos. Aunque esta teoría tiene aspiraciones propias de una teoría universal, es importante no perder de vista que dicha aspiración hace referencia a un contexto jurídico particular: el de sociedades modernas occidentales que beben del ideario racionalista propio de la época moderna. Pues bien, a diferencia de las sociedades premodernas en las que las fuentes de legitimación del derecho eran de origen religioso, con el advenimiento -en los siglos XVII y XVIII- de las ideas de la Ilustración racionalista, las teorías contractualistas y las reivindicaciones democráticas de las revoluciones francesa y americana, los nuevos ciudadanos de las sociedades modernas ya no podían aceptar fundamentaciones no racionales de la moral y de la justicia, de las normas de convivencia en general, ni mucho menos de la fuerza coercitiva del derecho. Los ciudadanos ahora esperan que el derecho oriente la interacción social de un modo de un modo correcto, a saber, de un modo que pueda ser racionalmente justificado.

Así las cosas, Habermas propone una explicación a la pregunta de a qué se debe la obediencia al derecho en las nuevas sociedades modernas. ¿Qué nuevo

criterio o autoridad se asentará en la legitimación del derecho moderno, una vez perdida la legitimidad de toda autoridad moral divina o metasocial? Según Habermas, la respuesta al nuevo funcionamiento del derecho descansa en la acción comunicativa, esto es, en la necesidad del uso racional del lenguaje, de la comunicación o del discurso entre los nuevos miembros de la sociedad para alcanzar acuerdos razonables para su convivencia. A diferencia de la concepción individualista y monológica propia de la razón práctica o instrumental kantiana, la razón comunicativa que Habermas propone se basa en la presunción del “lenguaje como medio dentro del cual tiene lugar un tipo de proceso de entendimiento en cuyo transcurso los participantes, al relacionarse con un mundo se presentan unos a otros con pretensiones de validez que pueden ser reconocidas o puestas en cuestión”²⁰⁷. Desde la perspectiva metodológica que ofrece la teoría de la acción comunicativa, es el lenguaje, como mecanismo de entendimiento dialógico e intersubjetivo entre los miembros de un grupo, lo que realmente sustenta la posibilidad de la convivencia común, respaldando, como veremos, la idea misma del derecho moderno.

En su célebre libro *Facticidad y Validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*²⁰⁸, este asiento sociológico se materializa en una teoría jurídica en la que el concepto de derecho integra simultáneamente una dimensión fáctica y una dimensión normativa del fenómeno jurídico. Aunque Habermas coincide con la tesis del positivismo jurídico acerca de la distinción conceptual entre el derecho y la moral, considera que el positivismo ignoró la existencia de una moralidad común en los grupos, privilegiando el proceso formal de creación de las normas por encima de la racionalidad en el contenido de las mismas²⁰⁹. Igualmente, en opinión del filósofo

²⁰⁷ HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa I. Racionalidad de la acción y racionalización social*, trad. de M. Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1999, p. 143.

²⁰⁸ En este trabajo he preferido utilizar la versión en inglés de *Faktizität und Geltung: Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, HABERMAS, J., *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. de W. Rehg, MIT Press, Cambridge, 1996, aunque existe versión en castellano: *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. de M. Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998.

²⁰⁹ *Ibíd.*, pp. 202-203.

alemán, el iusnaturalismo acierta al señalar el contenido moral de las normas jurídicas, pero erra al confundir moral y derecho totalmente, ignorando el elemento volitivo y pragmático del derecho moderno. Así, no todas las normas tienen contenido moral, muchas normas sencillamente son sólo convenciones pragmáticas que facilitan la convivencia.

En realidad, la tensión entre el “ser” y el “deber ser”, o usando la misma terminología que utiliza Habermas, la tensión entre “facticidad” y “validez” necesita integrarse por completo en el concepto de derecho, que como dijimos, articula el funcionamiento de las sociedades modernas mediante la coordinación lingüística. Por lo tanto, para su existencia y conservación, los sistemas jurídicos no sólo necesitan fuerza, en el sentido positivista de resultar efectivo, sino que también necesita validez, legitimación moral. Sin ésta, es ciertamente improbable que el derecho resulte efectivo sistemáticamente a medio o largo plazo. Pero tampoco puede la moral por sí sola explicar el derecho. Piénsese por ejemplo en las normas de tráfico que nos obligan a conducir en algunos lugares por el carril de la derecha y en otros lugares por el carril de la izquierda. El hecho de que obedezcamos estas reglas no se debe a ningún contenido moral superior que las legitime. Al final, para Habermas, sólo una perspectiva que se ubique entre los hechos sociales y la validez de las normas puede dar cuenta de la complejidad del derecho moderno.

Pues bien, según el filósofo alemán, la legitimidad de un sistema jurídico se explica a través del poder comunicador intersubjetivo de sus miembros, que establecen relaciones de mutuo reconocimiento por las que deciden las normas que van a regir su comportamiento. Así, la tensión “interna” entre facticidad y validez se manifiesta en el hecho de que el derecho así entendido, no sólo se obedece debido a la amenaza de la sanción coercitiva del estado sino porque aquellas conductas que el mismo demanda derivan de un acuerdo racionalmente motivados que se entiende como garantía de la libertad emancipadora de los

individuos de la sociedad moderna²¹⁰.

En el concepto de derecho de Habermas las normas morales y las normas jurídicas son dos caras distintas de la misma moneda. Son dos manifestaciones de un mismo principio regulador de la razón comunicativa moderna: el “principio discursivo”²¹¹. Según el principio discursivo “sólo son válidas aquellas normas a las que todos los posibles afectados por ellas pudieran prestar su consentimiento como participantes en discursos racionales”²¹². El principio discursivo sirve para explicar el principio de universalidad de las reglas morales, a saber, para que una norma moral pueda considerarse válida sus consecuencias deben poderse aceptar por todos aquellos individuos que pudieran verse afectados por la misma, y el principio de legalidad en las democracias modernas, a saber, para que una norma jurídica pueda considerarse válida debe contar con el consentimiento de todos los ciudadanos en un proceso legislativo discursivo que se encuentre legalmente regulado. En este sentido “la teoría discursiva explica la legitimación del derecho a través de procedimientos y presupuestos comunicativos que, una vez que se han constituido legalmente, fundamentan la suposición de que los procesos de creación y aplicación del derecho generará resultados racionales”²¹³.

Como veremos en el siguiente apartado, esto significa que en la teoría habermasiana el derecho obtiene su legitimidad precisamente a través de procedimientos democráticos previamente legalizados, esto es, a través de procedimientos democráticos constitucionalmente establecidos. Por el momento, pasemos a examinar la teoría de la interpretación jurídica que Jürgen Habermas presenta.

En el ámbito de la aplicación del derecho, la tensión entre facticidad y validez se manifiesta en la tensión entre certeza jurídica y legitimidad jurídica, esto es, la corrección de las decisiones interpretativas²¹⁴. Por un lado, el derecho como

²¹⁰ ZURN, C., op. cit., p. 173.

²¹¹ HABERMAS, J., op. cit., p. 105.

²¹² *Ibid.*, p. 107.

²¹³ *Ibid.*, p. 414.

²¹⁴ *Ibid.*, p. 197

fuerza, garantiza el cumplimiento de ciertas acciones u omisiones, de ciertas formas de convivencia. Por otro, la racionalidad del proceso de aplicación o interpretación jurídica pretende legitimar el cumplimiento de las normas establecidas positivamente.

Jürgen Habermas presenta los diferentes procesos de creación, implementación y aplicación del derecho en relación a discursos comunicativos distintos²¹⁵. Por un lado, el proceso de creación del derecho, que en principio y según la teoría de la división de poderes corresponde en exclusiva al poder legislativo, debe seguir la lógica de un proceso discursivo de justificación, donde se discuten todas las razones, argumentos y consideraciones de distinta índole necesarias para la creación de una norma idealmente aceptable para todos los individuos que a ella se verán sujetos. Por otro lado, el proceso de implementación del derecho, la función ejecutiva del poder, debe seguir un proceso discursivo pragmático, cuyos resultados están ligados a preferencias dadas en previos procesos de decisión²¹⁶. Por último, y volviendo a lo que nos interesa, el proceso de aplicación de las normas, del que es paradigmática la función judicial, está ligado a un proceso discursivo de aplicación en el que las normas jurídicas se aplican imparcialmente a los hechos de un caso concreto. Así, “[q]ue una norma sea válida *prima facie* sólo significa que ha sido imparcialmente justificada, y sólo su imparcial aplicación lleva a una decisión válida sobre el caso”²¹⁷. Ahora bien, en los discursos de aplicación jurídica, no se trata de examinar la validez de la norma sino de la *adecuada referencia* de la norma a una situación concreta.

La labor del juez entonces, consiste en buscar la norma jurídica más apropiada a los hechos de un caso dado. De manera consciente el juez deberá reconstruir la descripción de los hechos desde una posición imparcial, y seleccionar la norma más apropiada para el caso entre las disponibles y previamente justificadas. Sólo

²¹⁵ Habermas debe la distinción entre proceso de justificación y proceso de aplicación del derecho a la contribución de su discípulo Klaus Günther “A Normative Conception of Coherence for a Discursive Theory of Legal Adjudication”, *Ratio Juris*, núm. 2, 155-166, así lo señala el propio Habermas en *ibíd.*, p. 217.

²¹⁶ HABERMAS, J., *op. cit.*, p. 160.

²¹⁷ *Ibíd.*, p. 217.

si una norma válida prueba ser la única adecuada para el caso, la decisión que la incluya podrá considerarse válida. Ahora bien, Habermas mantiene que no siempre existe una única norma jurídica apropiada para un caso, de hecho, en su opinión “[E]xcepto para aquellas normas [...] donde se especifiquen las condiciones de aplicación de modo tan detallado que se apliquen tan solo a unas pocas y altamente tipificadas y circunscritas situaciones estandarizadas (y no pueden ser aplicadas en otro caso sin hallar dificultades hermenéuticas), todas las normas son inherentemente indeterminadas.”²¹⁸ Habermas propone al juez buscar la comprensión más sistemática y coherente del Ordenamiento. El hecho de que existan principios en conflicto no conlleva necesariamente la incoherencia del sistema legal. De hecho, la mayor parte de las normas jurídicas son indeterminadas puesto que el legislador no puede prever, durante el proceso de justificación de una norma, todas las situaciones particulares futuras que pudieran corresponderle y no por ello son normas inválidas²¹⁹. Por lo tanto, el discurso de aplicación debe utilizarse para “testear” las normas disponibles y válidas *prima facie* y decidir si es la apropiada o no.

A fin de aplicar válidamente el derecho previamente justificado, “las sentencias judiciales deben satisfacer simultáneamente las condiciones de *consistencia en la decisión* y de *aceptabilidad racional*”²²⁰. Sin consistencia con el sistema jurídico existente la decisión del juez no puede cumplir con el imprescindible requisito de certeza jurídica. Pero Habermas añade una dificultad más. La consistencia no sólo debe darse respecto del marco legal o de precedentes judiciales, en aras de la validez de la decisión ésta también debe estar racionalmente fundamentada respecto del fondo del asunto, de manera tal que -idealmente- pudieran ser aceptadas por los miembros de la comunidad jurídica como decisiones racionales.

Pese a la apuesta por una reconstrucción sistemática y aceptable del derecho en

²¹⁸ *Ibid.*

²¹⁹ *Ibid.*, p. 218. Habermas se sirve de un ilustrativo ejemplo de K. Günther: “la norma “hay que cumplir las promesas” puede entrar en colisión en algunas situaciones con la norma “ayuda a tu prójimo cuando está en necesidad” [...] Pese a lo previsible de su colisión, tenemos a ambas por válidas y sería curioso que una discusión sobre la validez de una de ellas llegase al resultado contrario a causa de esa posibilidad de colisión”.

²²⁰ p. 198.

la actividad judicial, Habermas discrepa de la propuesta dworkiana de una reconstrucción hercúlea, monológica y ponderativa de valores²²¹. Como no podía ser de otra manera, y a diferencia de lo que vimos con Dworkin, en la teoría interpretativa de Habermas va a predominar el papel del diálogo, del consenso y de los procesos comunicativos públicos en la racionalidad y legitimación de la interpretación judicial. La teoría habermasiana se dirige a la práctica del derecho y a la complejidad del fenómeno jurídico y no sólo a la capacidad del juez de hallar mágicamente esa “única respuesta correcta”. La institucionalización reflexiva y abierta del derecho y de su proceso de aplicación evitaría que los problemas de indeterminación del derecho derivaran en una aplicación irracional del mismo²²². Así por ejemplo, el juez deberá mantener una labor constructiva desde una actitud dialógica, atendiendo a todos los operadores jurídicos, a todas las posibles partes afectadas en el proceso, a la academia jurídica y a paneles de expertos o a la esfera jurídica pública en general. Desde esta perspectiva Habermas trata de superar el problema de la propuesta de Dworkin por el que el juez se presenta especialmente cualificado para actuar en representación de los ciudadanos a fin de asegurar la integridad de la comunidad jurídica.

En particular, Habermas desarrolla el requisito de la argumentación jurídica como elemento necesario de la validez del proceso de aplicación del derecho²²³. En su opinión, la rectitud o corrección de un juicio normativo no puede explicarse en virtud de una teoría de la verdad, puesto que los derechos son construcciones sociales. Más bien, “[r]ectitud” significa aceptabilidad racional, aceptabilidad apoyada en buenos argumentos”. Así, puesto que la “cadena” propositiva de razones sustantivas puede no tener fin, debido a que siempre pueden llegar nuevas informaciones y mejores razones, las condiciones de validez de un juicio

²²¹ Ibid., p. 212.

²²² Para una interesante comparación entre ambas propuestas vid. GÜNTHER, K., “Legal Adjudication and Democracy: Some Remarks on Dworkin and Habermas”, *European Journal of Philosophy*, 3:1, 1995, pp. 36-54 donde representa el modelo dworkiano de manera lineal (“cinturón de transmisión”) frente a la propuesta circular habermasiana (“modelo bola de billar”).

²²³ Y que constituye la base de la teoría de la argumentación de R. Alexy y de A. Aarnio. Vid. *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2008 y AARNIO, A., op. cit. respectivamente.

no dependen de pruebas empíricas o de intuiciones geniales concluyentes, “sino que sólo puede esclarecerse discursivamente, precisamente mediante la justificación efectuada con argumentos”²²⁴.

En la “búsqueda cooperativa de la verdad” propia de la actividad de aplicación del derecho, el proceso de argumentación serviría *idealmente* para cerrar el vacío que de otro modo queda entre las razones individuales y sustantivas que se esgrimen en una decisión determinada y la incondicionable demanda de poder lograr una única solución correcta. Con esta práctica argumentativa, podemos asumir que el aplicador del derecho *pretende* obtener el asenso de una “audiencia universal” en una “no coercitiva pero sí regulada competición por los mejores argumentos sobre la base de las mejores informaciones y razones disponibles”²²⁵. Metodológicamente, además, el proceso de argumentación jurídica da sentido a la diferencia entre “validez” y “adecuación” en la teoría interpretativa que hemos visto. La indeterminación de las normas puede explicarse en términos de argumentación jurídica, en virtud de la cual la competición de normas válidas *prima facie* concluye con la aplicación de la normas más apropiada para un caso dado²²⁶.

Como vemos, en la teoría jurídica de Habermas la seguridad jurídica se entiende de un modo menos ambicioso de lo que se hace desde la concepción positivista. En su opinión, lo que se pretende con el principio de certeza jurídica es que “los derechos procedimentales garanticen a cada individuo la posibilidad de exigir un proceso justo que garantice, no la certeza de resultado, sino una clarificación discursiva de los hechos pertinentes y de las cuestiones legales”²²⁷. Así, si entendemos el derecho existente en un momento dado *como si* fuera coherente (coherencia ideal), entonces esta certeza procedimental podría llegar a satisfacer las expectativas de una comunidad legal en la protección de sus derechos.

²²⁴ *Ibíd.*, p. 226.

²²⁵ *Ibíd.*, p. 228. donde sostiene que “cerrar el círculo interno, en cualquier caso, es algo que sólo puede lograrse idealmente.”

²²⁶ *Ibíd.*, p. 218.

²²⁷ *Ibíd.*, p. 220. En mi opinión, siendo realistas, este nivel de certeza jurídica es bastante satisfactorio, tratándose como es el derecho un aparato social sujeto a un entramado de valores y emociones difícilmente determinable.

Cualquier otra cosa, como la certeza material o sustantiva absoluta, implica pedir al juez un sobreesfuerzo imposible. Es más preciso, a juicio de Habermas, entender la complejidad de la práctica judicial moderna en función del *paradigma legal prevaleciente* en cada momento²²⁸. En el paradigma reflexivo del derecho moderno el juez individual debe entender su interpretación constructiva como una empresa común, que viene sostenida procedimentalmente con la comunicación pública de los ciudadanos²²⁹.

En conclusión, según Habermas, dos tesis deben aceptarse si uno se compromete con una comprensión deontológica del derecho y con una teoría de la argumentación seria: “[e]n primer lugar, el discurso jurídico no puede operar de manera autosuficiente, dentro de un universo de normas existentes que se encuentra herméticamente sellado, sino que debe mantenerse abierto a argumentos de otra fuentes. En particular, debe mantenerse abierto a razones pragmáticas, éticas y morales hechas valer en el proceso legislativo, y reunidas en torno a la propia pretensión de legitimación de las normas jurídicas. En segundo lugar, la corrección de las decisiones legales se mide, en última instancia, según lo bien que el proceso de decisión satisfaga las condiciones comunicativas de la argumentación que hacen posible un juicio imparcial.”²³⁰

2) La relación entre democracia y Constitución y la judicial review en J. Habermas: guardianes del principio discursivo

Jürgen Habermas establece su concepción procedimental de la democracia en los siguientes términos: “el principio democrático establece que sólo son válidas aquellas leyes que cuenten con el asentimiento de todos los ciudadanos en un proceso legislativo discursivo que haya sido legalmente constituido”. Este principio explica -dice Habermas- el significado de la autodeterminación de los miembros de una comunidad jurídica, que se reconocen mutuamente libres e iguales. En este

²²⁸Ibíd., donde define “paradigma del derecho” como “las visiones características de una comunidad jurídica respecto de cómo un sistema de derechos y principios constitucionales se puede actualizar en el contexto percibido de una sociedad dad”.

²²⁹Ibíd., p. 224.

²³⁰Ibíd., p. 230.

sentido, el principio democrático se sitúa en un nivel diferente del de los principios morales²³¹.

De este modo -como vimos en la teoría de J. H. Ely y de J. Waldron- la legitimidad de las leyes no depende de su contenido, sino de la corrección del proceso que las haya originado. Pero además de la idea de legitimidad procedimental, de esta definición de la democracia que Habermas ofrece debemos deducir dos requisitos previos específicos: el establecimiento legal del propio proceso legislativo democrático y la necesidad de que el consentimiento de todos los participantes en el proceso sea a través de un proceso deliberativo. De un lado, con la necesidad de la legalización del proceso legislativo, Habermas exige la constitucionalización del proceso democrático. De otro, con la exigencia de consentimiento por parte de todos los ciudadanos, Habermas se refiere a un consentimiento razonable procedente de un proceso discursivo de justificación que facilite el intercambio de información y argumentos que fundamenten la validez de las leyes. El principio discursivo se presenta una vez más como única fuente de normatividad del proceso legislativo.

Desde esta vertiente discursiva, el proceso democrático se convierte, según Habermas, en la mejor garantía para la obtención de resultados racionales. Esta concepción de la democracia es una concepción instrumental, aunque en sentido muy distinto al planteado por Dworkin. En la opinión de Habermas, el proceso democrático posibilita el libre intercambio de información, razones y contribuciones y pluralidad de intereses, asegura el carácter discursivo de la formación de la voluntad política, y nos permite asumir la (no infalible) sospecha de que el resultado del mismo será “más o menos razonable”²³². Por lo tanto, y a diferencia de lo que veíamos con otros autores procedimentalistas, como Ely o Waldron, que concebían la democracia como la suma de voluntades individuales, la concepción de la democracia habermasiana responde a una idea deliberativa de la práctica legislativa, en la que el debate razonado, abierto y plural facilita el consenso necesario para procurar los mejores resultados para una comunidad. Desde este

²³¹Ibíd., p. 110.

²³²Ibíd., p. 448.

punto de vista, la idea de autogobierno se consagra en virtud de la idea de que “en todo momento los ciudadanos pueden entenderse a sí mismos también como autores de las leyes a las que están sujetos”²³³.

Sin embargo, el ideal democrático no puede alcanzarse con el mero establecimiento del derecho a la igualdad de libertades de los individuos. En realidad, el sistema jurídico propuesto por Habermas “habrá de contener aquellos derechos que los ciudadanos han de otorgarse recíprocamente si pretenden regular su convivencia en términos legítimos a través del derecho positivo”²³⁴. La legitimidad de un sistema depende de la corrección de sus procedimientos, pero también de la realidad de ciertos derechos, puesto que, como vimos para en la explicación del concepto de derecho de Habermas, las sociedades modernas necesitan razones para obedecer, que se consagran en la determinación de los derechos fundamentales. En el marco de su concepto de derecho entre facticidad y validez, el proceso democrático -que como dijimos integra la dimensión (de certeza) jurídica del principio discursivo- se constituye necesariamente como “el núcleo de un *sistema* de derechos”²³⁵. De este modo, Habermas establece cinco categorías de derechos necesarios a fin de la efectiva realización del principio democrático en las sociedades modernas²³⁶. Por un lado se precisan un grupo de derechos sin el cual no podría garantizarse el otorgamiento de consentimiento razonable, estos son: 1) derechos *al mayor grado posible de iguales libertades subjetivas de acción*, 2) derechos de igualdad en el *status* de miembro de la comunidad jurídica; y 3) derechos de *accionabilidad y protección de los derechos* individuales. Sin estos derechos, el consentimiento de los individuos en un proceso democrático podría deberse a distorsiones, fraudes u otro tipo de fuerzas que anulan la validez de la decisión. Por otro lado, aparecen 4) los derechos de participación en procesos de opinión y formación de voluntad política. Esta

²³³ Ibid., p. 254.

²³⁴ Ibid., p. 118.

²³⁵ Ibid., p. 121-122. Aunque ahora no vamos a detenernos en la fundamentación de los derechos fundamentales en la teoría habermasiana sirva decir que “la génesis lógica de estos derechos constituye entonces un proceso circular [...] en el que el código que es el derecho y [...] el principio democrático se constituyen *cooriginalmente*”. Para un desarrollo completo de esta cuestión vid. *ibid.*, pp. 118-130.

²³⁶ Ibid., p. 122-123.

categoría de derechos permite la creación de derechos específicos en base a la cultura y circunstancias concretas de la comunidad. Por último, 5) los derechos al acceso de recursos sociales, técnicos y ecológicos indispensables para la efectiva realización categorías de derechos anteriormente enumeradas.

De esta manera, democracia y constitucionalismo no sólo no aparecen enfrentados, sino que se presuponen mutuamente. Desde la óptica del sistema de derechos entroncado en el principio democrático que Habermas nos presenta, la vulneración clara de derechos fundamentales podría vulnerar también la validez de las condiciones procesales de la democracia. Si un individuo ve alguno de sus derechos fundamentales vulnerados, especialmente los de las tres primeras categorías, el consentimiento que presta para la aceptación de una decisión jurídica podría entenderse viciada, esto es, podría tratarse de un consentimiento no racional. Con esta vía Habermas espera ofrecer una solución para salvar las situaciones paradójicas que las teorías procedimentales que hemos desarrollado previamente parecían no resolver. Un ejemplo claro sería el de un sistema en el que el acceso al agua o a bienes de primera necesidad no estuviera garantizado legalmente. En este caso semejante sistema jurídico no podría considerarse respetuoso con el principio democrático cuando sus miembros prestaran su (ni libre ni razonado) consentimiento para el establecimiento de nuevas restricciones al acceso de agua y bienes básicos. Dicho esto, entenderemos mejor la teoría del control de constitucionalidad propuesta por Habermas.

Según Habermas, para evitar supuestos como el recién expuesto, se hace necesario el establecimiento de una instancia que se ocupe de controlar el mantenimiento del sistema de derechos que se estableció legalmente en el centro de cualquier proceso que aspire a permanecer auténticamente democrático.

Recordemos que en la teoría habermasiana la interpretación judicial del derecho se rige por el principio del discurso de aplicación, frente al principio del discurso de justificación propio de la actividad legisladora. Pues bien, según Habermas la interpretación de los preceptos constitucionales no se distingue básicamente de la interpretación de normas ordinarias. Igual que en el caso de la interpretación de

éstas últimas, en la interpretación constitucional “los complejos pasos de una interpretación constructiva no pueden, ciertamente, normarse *sólo* en términos de derecho procedimental; pero están sujetos al control que representa la racionalidad procedimental de un discurso de aplicación jurídicamente institucionalizado”²³⁷.

Pues bien, el control de constitucionalidad tiene la finalidad precisamente de asegurar que los procesos legislativos han guardado los requisitos del proceso discursivo de justificación de las decisiones comunes. Por un lado, y de modo parecido a lo propuesto en el procedimentalismo de J. H. Ely, estos requisitos se refieren a la corrección del proceso de decisión legislativa, que incluyen el respeto por los derechos políticos y de participación de los individuos, así como la presencia de pluralidad de actores, la transparencia en la argumentación, el diálogo, etc. Pero además, el control de constitucionalidad estará dirigido al mantenimiento de los derechos civiles y sociales intrínsecos al proceso democrático. En este sentido, Habermas entiende que el Tribunal Constitucional puede y debe reabrir “el paquete de razones que legitimó la decisión legislativa, con el fin de movilizarlas [las razones] en favor de una decisión coherente para el caso concreto, que concuerde con los principios jurídicos vigentes, pero [Habermas repite] no puede utilizar estas razones en un sentido implícitamente legislativo que le conduzca directamente a elaborar y desarrollar un sistema de derechos”²³⁸.

²³⁷ Ibíd., p. 261. La cursiva es mía. Y continúa “[E]n todo caso, la jurisprudencia constitucional que parte del caso particular, se *restringe* a la *aplicación* de normas (constitucionales) que se presuponen válidas; por eso, la distinción entre discursos de justificación de normas y discursos de aplicación de normas sigue ofreciendo un criterio de deslinde (articulado en términos de lógica argumentativa) de las tareas que legítimamente pueden cumplir la Justicia y el poder legislativo”. La cursiva aquí es original.

²³⁸ Ibíd., p. 262.

VI. CONCLUSIÓN

1. Principalmente, en este trabajo me he ocupado de relacionar una serie de teorías paradigmáticas acerca de la legitimidad del control de constitucionalidad con las tres teorías clásicas de la interpretación jurídica.

2. En primer lugar, tuvimos ocasión de exponer las teorías de la interpretación jurídica. Estas son la teoría cognitiva, la teoría escéptica y la teoría intermedia. En términos generales, la teoría cognitiva sostiene un concepto absolutamente determinado del derecho y niega la tesis de la discrecionalidad judicial. Por su parte, la teoría escéptica sostiene un concepto absolutamente indeterminado del derecho y niega la tesis de la certeza jurídica. Finalmente, en la teoría intermedia hemos presentado dos modalidades; una sostiene un concepto estricto moderado (que podríamos denominar teoría intermedia “mixta” y que reconoce discrecionalidad en los casos oscuros) mientras la otra sostiene un concepto amplio moderado (que podríamos denominar teoría intermedia “ecléctica” y que reconoce un mínimo de certeza jurídica en todos los casos).

3. Aunque pueda parecer obvio, es importante recordar que ninguno de los dos conceptos de interpretación jurídica –estricto y amplio- suele utilizarse en términos extremos. En la actualidad, el legalismo puro parece que se encuentra superado y casi nadie en la doctrina discutirá la carga valorativa de cualquier decisión judicial. Ahora bien, la práctica jurídica sigue funcionando, por razones obvias, *como si* las decisiones jurídicas fueran del todo correctas y estuvieran guiadas solamente por la ley. En qué medida resulta esto conveniente para la funcionalidad del derecho y los ideales de justicia es algo complicado de saber.

4. La mayoría de la doctrina se identifica, o así lo entiendo yo, con un concepto de derecho *relativamente* determinado y podría abrazar una concepción intermedia de la interpretación jurídica, en el sentido hartiano -para el que existen “zonas de penumbra” en las normas- o quizás más acertadamente ecléctico -donde ninguna “zona de penumbra” del derecho representa un abismo lingüístico en el que somos incapaces de movernos con cierta coordinación-. A mi modo de

ver pues, ni el escepticismo del movimiento realista norteamericano o del *Critical Legal Studies* es tan escéptico que no reconoce el más mínimo sentido funcional e intersubjetivo del derecho, ni el cognitivismo de Dworkin es tan inocente que cree en la plausibilidad real de un juez Hércules con capacidades más divinas que humanas. Seguramente lo más justo sea reconocer las virtudes de cada concepción y tratar de dotarlas de la máxima utilidad.

El escepticismo ha servido en primer lugar, para romper el mito de la aplicación mecánica del derecho y, en segundo lugar para dar cuenta de que la indeterminación y el disenso no son necesariamente desventajas del sistema jurídico, sino que pueden ser, precisamente, el motor de la justicia²³⁹. Además, - aunque de manera un tanto asistémica- tanto realistas como *Crits* se esforzaron por sugerir algunas propuestas constructivas en aspectos variados que van desde la educación en derecho como la reforma del poder judicial²⁴⁰. Por otro lado, el retorno del cognitivismo con Dworkin ha vuelto a poner sobre la mesa del derecho la cuestión de la moral y de la justicia en términos constitucionales. Por su parte, el positivismo contemporáneo ha servido de visagra entre unos y otros.

6. En la última parte de este trabajo hemos analizado una serie de teorías que discuten la legitimidad del control judicial de constitucionalidad de las leyes. Algunas de estas teorías defendían la legitimidad de dicho mecanismo; en el caso de Dworkin en clave sustancialista mientras que en el caso de Ely la defensa era de corte procedimentalista estricto. Otras, como la teoría en defensa del parlamentarismo puro de Waldron, criticaban abiertamente cualquier tipo de justificación del control de constitucionalidad. Por último, la propuesta de Habermas buscaba conciliar sustancialismo y procedimentalismo en una defensa condicionada de la revisión judicial de las leyes.

7. A mi modo de ver, todas estas teorías reconocen en grado máximo, mínimo o relativo cierto nivel de determinación de las normas jurídicas, aunque de distinto

²³⁹En este sentido SOLAR CAYÓN, rescata el pensamiento no-euclidiano del derecho en la obra Jerome Frank, *El realismo jurídico de Jerome Frank*, op. cit. p. 269. En el mismo sentido KUTZ, C., "Just Disagreement: Indeterminacy and Rationality in the Rule of Law", *The Yale Law Journal* vol. 103, núm. 4, pp. 997-1030, 1994.

²⁴⁰Vid. SOLAR CAYÓN, J. I., *El realismo jurídico de Jerome Frank*, op. cit., pp. 254 y ss.

origen en cada caso. El reconocimiento de un elemental significado mínimo -unas veces con carácter meramente funcional y otras veces con carácter finalista- puede rastrearse en todas las corrientes y autores que hemos visto a lo largo del trabajo.

8. El caso más evidente es el de la teoría de Ronald Dworkin, quien con su concepto de derecho “como integridad” deja clara su concepción de la determinación de las normas jurídicas extraída del contenido de la historia institucional del Ordenamiento jurídico, de los antecedentes jurisprudenciales y, muy especialmente, de los principios jurídicos moralmente justificados. Por su parte, desde la propuesta de J. H. Ely se sostiene un significado suficientemente determinado de los derechos políticos y de participación -dada la claridad de su núcleo de certeza- que justifican su revisión judicial. Por otro lado, y pese a situarse en el plano del no cognitivismo moral, Jeremy Waldron mantiene la existencia una “determinación interpersonal” o “cierta herencia en el debate jurídico y político” que explica la efectividad *de facto* del derecho. Por último, a partir de su principio discursivo Jürgen Habermas da cuenta de una cierta intersubjetividad del lenguaje jurídico que se evidencia en el consenso sobre acuerdos razonables entre los miembros de las comunidades jurídicas.

9. De esta suerte, todas las teorías interpretativas que subyacen en cada una de las teorías sobre el control de constitucionalidad reconocen al menos, una mínima determinación del derecho, sin embargo, dado el diferente grado y fuente de determinación, todas ellas difieren ampliamente en el modo de desarrollar su propuesta normativa.

10. Desde mi punto de vista, una tesis como la propuesta por Habermas, que en mi opinión se relaciona con un concepto estricto en su versión moderada, es la que de manera más coherente puede desarrollar y dar utilidad a la tesis de la mínima determinación de las normas jurídicas²⁴¹.

²⁴¹ Es importante señalar que, en este sentido, lo que quiero destacar de la teoría de Habermas es la intensidad del procedimiento abierto y deliberativo, más que la cuestión del consenso como medida cognitiva y la posibilidad del objetivismo moral. De esta opinión también ZURN, C., op. cit., p. 227, nota 1.

En este sentido, hemos acordado que la existencia de un significado mínimo de las normas jurídicas se demuestra por el funcionamiento del derecho y opera, como tuvimos ocasión de ver, como determinante negativo del derecho. Ahora bien, creo que el conocimiento o, mejor dicho, la determinación de ese significado mínimo se debe tratar de *maximizar* a partir de las ideas derivadas del principio discursivo habermasiano. Así, el reforzamiento de los vínculos sociales del poder judicial a través, por ejemplo, de la institucionalización de mecanismos dialógicos y deliberativos entre la sociedad y el poder judicial puede dar sentido a las pretensiones de democratización del poder judicial y a los temores sobre la creación judicial del derecho. Algunos ejemplos podrían consistir en la introducción en el proceso judicial de agentes representativos de sectores sociales especialmente vulnerables o especialmente interesados en el proceso, la implementación y mejora de la institución del Jurado, la apertura de la carrera judicial a miembros ajenos a la profesión jurídica, garantizar que la estructura del poder judicial sea políticamente representativa, etc.²⁴² En este sentido muchas de las reivindicaciones apuntadas por el realismo jurídico también mantienen hoy su vigencia, como la garantía de publicidad y transparencia en el ejercicio de la actividad judicial o la exigencia del ejercicio de discrecionalidad de manera abierta y consciente²⁴³.

11. Dicho esto, volvamos al asunto que nos compete. En mi opinión y siguiendo la propuesta de Waldron, la interpretación última de la Constitución debe corresponder a la ciudadanía; pero -y en esto difiero de su tesis- esto no significa que dicha tarea deba recaer plenamente en las mayorías parlamentarias. Como ha indicado el profesor J. C. Bayón, “si la regla de la mayoría encarna un ideal que se reputa valioso [...] una comunidad no debería poder decidir por mayoría dejar

²⁴²MODESTO SAAVEDRA, “La legitimidad judicial”, *Jueces para la Democracia. Información y debate*, núm. 18, Madrid, 1993; que continúa “[E]s cierto que una proximidad excesiva a la sociedad y a la política puede poner en peligro la independencia judicial. Pero no debe olvidarse que todas esas medidas tienden a asegurar que la racionalidad de las resoluciones judiciales se vea enriquecida por la aportación de argumentos procedentes de un espacio social más amplio que el de la burocracia profesional de los tradicionales jueces de carrera.”, p. 9.

²⁴³SOLAR CAYÓN, J. I., *El realismo jurídico de Jerome Frank*, op. cit., p. 207.

de decidir por mayoría, pues en un acto semejante aquel ideal se autoanularía”²⁴⁴.

Es deseable, entonces, replantear la tensión entre democracia y constitucionalismo a partir de un nuevo equilibrio entre valores procedimentales y sustantivos, en línea por ejemplo, con lo que Bayón ha denominado “constitucionalismo débil”. Esta propuesta aboga por la configuración de un sistema que admite la constitucionalización o “atrincheramiento” de un núcleo de reglas irreformable que incluye tanto las normas procedimentales que garantizan la preservación del proceso democrático como las normas sustantivas de “derechos que cabe considerar como *presupuestos* de una *genuina* decisión democrática”²⁴⁵.

Desde este punto de vista, la institución de un mecanismo judicial sobre el control de constitucionalidad de las leyes podría encontrar cabida siempre que su competencia se limitara a hacer “ver a la mayoría el peso de razones o puntos de vista que no ha sabido tomar en cuenta, o contradicciones y puntos débiles en la fundamentación de sus decisiones, forzándola de ese modo a reconsiderarlas, pero no necesariamente a abandonarlas”²⁴⁶. En este sentido, y a fin de evitar la desprotección de la integridad de la autonomía de las personas²⁴⁷, creo que el control judicial de constitucionalidad sí podría justificarse en algunos supuestos como los señalados por el profesor C. S. Nino, que destaca el control del proceso democrático, la protección de autonomía individual y la continuidad de este sentido

²⁴⁴BAYÓN, J.C., “Derechos, democracia y Constitución”, Carbonell, M.(ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003., p. 223.

²⁴⁵ “[D]esde una posición procedimentalista todos los derechos deberían ser el resultado de decisiones ordinarias del legislador democrático con la única excepción de aquellos que tienen un carácter constitutivo o definitorio del procedimiento democrático mismo: y es obvio que, medidos por ese rasero, los sistemas constitucionales que nos son más familiares pecan decididamente *por exceso*”, *ibíd.*, p. 228.

²⁴⁶ BAYÓN, J. C., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, *Constitución y derechos fundamentales*, (coords.) BETEGÓN CARRILLO, J., LAPORTA, F., PRIETO SANCHÍS, L., Madrid, 2004, p. 137.

²⁴⁷ GARGARELLA, R., *op. cit.*, p. 190. Según R. Gargarella, que se sitúa en lo que él mismo denomina “tradición (genuinamente) radical”, ni el conservadurismo (elitismo judicial) ni el populismo radical (parlamentarismo puro donde el control se ejerce por los mismos que deben ser controlados) sirven a la genuina democracia, la deliberativa. Vid. *op. cit.* especialmente pp. 140 y ss., pp. 177 y ss. y pp. 181 y ss.

de la práctica constitucional²⁴⁸.

12. A mi modo de ver, este tipo de propuesta no debería aspirar a la creación de un diseño institucional universal y válido para todas las sociedades. En realidad, en diferentes condiciones sociales pueden estar justificados distintos procedimientos de decisión²⁴⁹. Pero, a los efectos de sociedades cuya tradición política no infunde serias sospechas sobre la violación masiva de “los casos paradigmáticamente claros de ejercicio de los derechos” sino que el desacuerdo público versa generalmente acerca de cómo articular el contenido de ciertos derechos “a los que los miembros de la comunidad no sabrían cómo dar protección constitucional si no es a través de principios muy genéricos que requieren concreción” no parece justificarse la confianza en que las decisiones de los jueces vayan a resultar sistemáticamente mejores que las de las mayorías sociales o parlamentarias²⁵⁰.

13. Con todo, y como hemos sostenido, el control judicial de constitucionalidad - dentro de un diseño de constitucionalismo débil-, podría contribuir al perfeccionamiento de la relación dialógica entre poder judicial y democracia. Existen diversas voces en este sentido. Por ejemplo y sin pretender agotar todas ellas, se han propuesto mecanismos para fomentar el diálogo entre los poderes del estado y con la ciudadanía²⁵¹ y para garantizar nuevamente la representatividad de los órganos de dirección del poder judicial²⁵², la formulación de normas claras que faciliten la interpretación²⁵³, mediante la utilización de la

²⁴⁸ NINO, C. S., *La Constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997, pp. 273-282.

²⁴⁹ BAYÓN, J. C., “Derechos, democracia y Constitución”, p. 106. Piénsese, por ejemplo, en la adecuada actuación, favorable a los derechos fundamentales, que han llevado a cabo muchos Tribunales Constitucionales en contextos de transición democrática, como el caso de la Corte de Constitucionalidad de Sudáfrica tras el fin del *apartheid*. En opinión de Bayón, “[a]dmittir la tesis de la dependencia contextual, en suma, implica reconocer que hay circunstancias en las que un diseño institucional de esta clase puede resultar el más justificable. Tal vez el punto más interesante en la agenda de quienes discuten acerca de la fundamentación del constitucionalismo consista en determinar, precisamente, si esas circunstancias son las nuestras”, BAYÓN, J. C., “Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo”, op. cit., p. 138.

²⁵⁰ *Ibíd.*

²⁵¹ ZURN, C. F., op. cit., pp. 305 y ss. y p. 323 y ss. respectivamente.

²⁵² GARGARELLA, R., op. cit., p. 205.

²⁵³ WALDRON, J., *Law and Disagreement*, op. cit., p. 229.

técnica del reenvío de leyes al parlamento²⁵⁴ o desde el planteamiento de un Tribunal Constitucional que no esté compuesto únicamente por juristas²⁵⁵.

²⁵⁴ GARGARELLA, R., op. cit., p. 194.

²⁵⁵ ASÍS ROIG, R., *La interpretación de la Constitución*, op. cit., p. 299.

VII. BIBLIOGRAFÍA

- AARNIO, A., *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de E. Garzón, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
 - "Reglas y principios en el razonamiento jurídico", *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña* 4, 2000, pp. 593-602.
- ALEXY, R., *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2008.
- ALTMAN, A., "Legal Realism, Critical Legal Studies and Dworkin", *Philosophy and Public Affairs*, vol. 15, núm. 3, 1986, pp. 205-235.
- ASÍS ROIG, R. de, *Jueces y normas*, Marcial Pons, Madrid, 1995.
 - "La interpretación de la Constitución. Sobre cómo interpretar la Constitución y sobre quién debe ser su intérprete", PECES-BARBA MARTÍNEZ, G. y RAMIRO AVILÉS, M. A. (coords.), *La Constitución a examen: Un estudio académico 25 años después*, Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de las Casas"-Marcial Pons, Madrid, 2004, pp. 285-302.
- AA. VV., *Curso de Teoría del Derecho*, Marcial Pons, Madrid, 2002.
- BARRANCO AVILÉS, M. C., *Derechos y decisiones interpretativas*, Marcial Pons, Madrid, 2004.
 - "Los contenidos materiales de las constituciones y la posibilidad de un constitucionalismo positivista", AA. VV., *El positivismo jurídico a examen. Estudios en homenaje a José Delgado Pinto*, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 2006, pp. 339-354.
- BAYÓN, J. C., "Derechos, democracia y Constitución", Carbonell, M. (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Trotta, Madrid, 2003.
 - "Democracia y derechos: problemas de fundamentación del constitucionalismo", *Constitución y derechos fundamentales*, (coords.) BETEGÓN CARRILLO, J., LAPORTA, F., PRIETO SANCHÍS, L., Madrid, 2004, pp. 67-138.
- BICKEL, A., *The Least Dangerous Branch*, Bobbs-Merril Ed. Publishing, Nueva York, 1978.
- BLANCO VALDÉS, R.L., "La configuración del concepto de constitución en las experiencias revolucionarias francesa y norteamericana", CARBONELL, M., (comp.), *Teoría Constitucional y Derechos fundamentales*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México, 2002, pp. 15-44.
- BONORIBO, P. R., *Integridad, derecho y justicia: una crítica a la teoría jurídica de Ronald Dworkin*, Siglo del Hombre, Bogotá, 2003.
- BROOKS, R., *Structures of Judicial Decision Making from Legal Formalism to Critical Theory*, (2ª ed.), Carolina Academic Press, North Carolina, 2005.
- CALSAMIGLIA, A., "Notas sobre el realismo jurídico", *Cuadernos de la*

Facultad de Derecho de la Universidad de Palma de Mallorca, vol. 6, 1983.

- CUENCA GÓMEZ, P., “Aspectos, problemas y límites de la interpretación jurídica y judicial” en *Derechos y Libertades. Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, núm. 9, núm 13, 2004, pp. 261-298.
 - *El sistema jurídico como sistema normativo mixto. La importancia de los contenidos materiales en la validez jurídica*, Dykinson, Madrid, 2008.
 - “La constitucionalización de los derechos fundamentales en el siglo XX: dimensiones, rasgos y algunas consecuencias”, FERNÁNDEZ GARCÍA, E., ASÍS ROIG, F.J., ANSUÁTEGUI ROIG, F.J. (dirs.), *Historia de los derechos fundamentales. Siglo XX*, Dykinson, Madrid, en prensa, 2013.
- DORADO PORRAS, J., *El debate sobre el control constitucional en los Estados Unidos*, Dykinson, Madrid, 1997.
- DWORKIN, R., *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, 1984.
 - *A Matter of Principle*, Harvard University Press, Massachusetts, 1985.
 - *Law's Empire*, Harvard University Press, Cambridge, 1986.
 - “Constitutionalism and Democracy”, *European Journal of Philosophy*, vol. 3, issue 1, p. 2-11, 1995.
 - *Freedom's Law: The Moral Reading of the American Constitution*, Massachusetts, Harvard University Press, 1996.
 - *Sovereign Virtue: The Theory and Practice of Equality*, Harvard University Press, Massachusetts, 2000.
 - “¿Deben nuestros jueces ser filósofos? ¿Pueden ser filósofos?”, trad. de L. García Jaramilla, *Isonomía*, núm. 32, abril, 2010, pp. 7-29.
- ELY, J., *Democracia y desconfianza. Una teoría del control de constitucionalidad*, Ed. Siglo del Hombre, trad. de M. Holguín, Bogotá, 1997.
 - “Toward a representation-reinforcing mode of judicial review”, *Maryland Law Review*, vol. 37, 1978, pp. 451 y ss.
- FASSÒ, G., *Historia de la Filosofía del Derecho 3. Siglos XIX y XX*, Pirámide, Madrid, 1979.
- FRANK, J., *Law and the Modern Mind*, Peter Smith, Gloucester, (1930) 1970.
 - *Derecho e Incertidumbre*, Centro Editor de América Latina, 1968.
- FRIEDMAN, B., “The Birth of an Academic Obsession: the History of Countermajoritarian Difficulty, Part Five”, *The Yale Law Journal*, núm. 73, 2002, pp. 153-259.
- GARCÍA AMADO, J.A., “¿Existe discrecionalidad en la decisión judicial?”, *Isegoría*, núm. 35, 2006, pp. 151-172.
 - “Sobre formalismos y antiformalismos en la Teoría del Derecho”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, núm. 3, septiembre

2012 – febrero 2013, pp. 13-43.

- GARGARELLA, R., *La justicia frente al gobierno. Sobre el carácter contramayoritario del poder judicial*, (2ª ed.), Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional, Quito, 2011.
 - “El nacimiento del “constitucionalismo popular””, *Revista de Libros de la Fundación CajaMadrid*, núm. 112, 2006.
- GUASTINI, R., *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. de M. Gascón y M. Carbonell, Porrúa, México, 2001.
- GUNTHER, K., “Legal Adjudication and Democracy: Some Remarks on Dworkin and Habermas”, *European Journal of Philosophy*, 3:1, 1995, pp. 36-54.
 - “A Normative Conception of Coherence for a Discursive Theory of Legal Adjudication”, *Ratio Juris*, núm. 2, 155-166.
- HABERMAS, J., *Teoría de la acción comunicativa I. Racionalidad de la acción y racionalización social* (2nda edición), trad. de M. Jiménez Redondo, Taurus, Madrid, 1999.
 - *Between Facts and Norms. Contributions to a Discourse Theory of Law and Democracy*, trad. de W. Rehg, MIT Press, Cambridge, 1996.
- HART, H.L.A., *The Concept of Law*, P. A. Bulloch y J. Raz (eds.), Oxford: Clarendon Press; New York: Oxford University Press, 1994.
 - “Una mirada inglesa a la teoría del Derecho norteamericana. Entre la Pesadilla y el Noble Sueño”, trad. de J. J. Moreso y P. E. Navarro, *El ámbito de lo jurídico: lecturas del pensamiento jurídico contemporáneo*, (coord.) CASANOVAS POMPEU, R., Crítica, Madrid, 1994, pp. 327-352.
 - “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, trad. de L. Hierro, F. Laporta y J. R. Páramo, *Sistema*, núm. 36, pp. 3-18, 1980.
- HOLMES, O. W., “The Common Law”, *The essential Holmes: selections from the letters, speeches, judicial opinions, and other writings of Oliver Wendell Holmes, Jr.*, (ed.) POSNER, R., University of Chicago Press, Chicago, 1997.
- IGLESIAS VILA, M., *El problema de la discreción judicial: una aproximación al conocimiento jurídico*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1999.
- KELSEN, H., *¿Quién debe ser el defensor de la Constitución?*, trad. de R.J. Brie, Tecnos, Madrid, 1995.
- KENNEDY, D., *Libertad y restricción en la decisión judicial. El debate con la teoría crítica del derecho (CLS)*, Siglo del Hombre Editores, Bogotá, 1999.
 - *Izquierda y derecho. Ensayos de teoría jurídica crítica* (traducido por Guillermo Moro), Siglo XXI, Buenos Aires, 2010.
- KUTZ, C., “Just Disagreement: Indeterminacy and Rationality in the Rule of Law”, vol. 103, núm. 4, *The Yale Law Journal*, 1994.

- MODESTO SAAVEDRA, “La legitimidad judicial”, *Jueces para la Democracia. Información y debate*, núm. 18, Madrid, 1993.
- MONTESQUIEU, *Del Espíritu de las Leyes*, Tecnos, Madrid, 1995.
- NINO, C. S., *La constitución de la democracia deliberativa*, Gedisa, Barcelona, 1997.
- PÉREZ LLEDÓ, J. A., *El movimiento Critical Legal Studies*, Tecnos, Madrid, 1996.
- PÉREZ LUÑO, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, Tecnos, 1984.
- PERRY, M. J., *The Constitution, the Courts and Human Rights: An Inquiry into the Legitimacy of Constitutional Policymaking by the Judiciary*, Yale University Press, New Haven & London, 1982
- POSNER, R. A., *Cómo deciden los jueces*, Marcial Pons, Madrid, 2011.
- PRIETO SANCHÍS, L., “Notas sobre la interpretación constitucional” en *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, núm. 9., mayo-agosto 1991, pp. 175-198.
 - *Ley, principios, derechos*, Dykinson, Madrid, 1998.
 - “El constitucionalismo de los derechos”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 24, núm. 71, mayo-agosto 2004, pp. 42-72.
 - *Interpretación Jurídica y creación Judicial del Derecho*, Palestra, Lima, 2007.
- RECHASÉNS SICHES, L., *Nueva Filosofía de la Interpretación del Derecho*, Porrúa, México D.F. 1980.
- ROSS, A., *Sobre el Derecho y la justicia*, trad. de G.R. Carrió, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1974.
- SAVIGNY, F. K. von, *Sistema del Derecho Romano actual*, trad. de Mesia y Poley, Madrid 1878.
- SCHMITT, C., *La defensa de la Constitución*, trad. de M. Sánchez, Tecnos, Madrid, 1983.
- SEGURA ORTEGA, M., *Sobre la interpretación del Derecho*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003.
- SMITH, D., “The Use of Meta-Ethics in Adjudication”, *Oxford Journal of Legal Studies*, Vol. 23, No. 1 (2003), pp. 25–47.
- SOLAR CAYÓN, J. I., *El realismo jurídico de Jerome Frank. Normas, hechos y discrecionalidad en el proceso judicial*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
 - “Karl N. Llewellyn: Algo de realismo sobre el realismo. Los orígenes del realismo jurídico americano” en *Eunomía Revista en Cultura de la Legalidad*, nº 2, marzo-agosto 2012, pp. 176-226.

- UNGER, R., "The Critical Legal Studies Movement", *Harvard Law Review*, vol. 96, núm. 3, 1983, pp. 561-675.
 - "What Should Legal Analysis Become?", Verso, Londres, 1996.
- WALDRON, J., "A Right-Based Critique of Constitutional Rights", *Oxford Journal of Legal studies*, núm. 13, 1993, pp. 8-51.
 - "Vagueness in Law and Language: Some Philosophical Issues", *California Law Review*, vol. 82:3, 1994.
 - *Law and Disagreement*, Oxford University Press, Oxford, 1999.
 - "Normative (or Ethical) Positivism", COLEMAN, J. (ed.), *Hart's Postscript: Essays on the Postscript to The Concept of Law*, Oxford University Press, Oxford, 2001, pp. 411-433.
 - "The Core of the Case Against Judicial Review", *The Yale Law Journal*, núm. 115, 2006, pp. 1346-1406.
 - "Do Judges Reason Morally?", *Expounding the Constitution, Essays in Constitutional Theory*, Cambridge University Press, Cambridge, 2008.
 - "Constitutionalism: A Skeptical View", *New York School of Law Public Law & Legal Theory, Research Paper Series*, Working Paper núm. 10-87, 2012.
 - "Five to Four: Why do Bare Majorities Rule on Courts?", *NYU School of Law, Public Law and Legal Theory Research Paper Series*, núm. 12-72, 2013.
- WITTGENSTEIN, L., *Investigaciones Filosóficas*, Critica, Barcelona, 2008.
- WRÓBLEWSKI, J., *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*, Cívitas, Madrid, 1985.
- ZURN, C. F., *Deliberative Democracy and the Institutions of Judicial Review*, Cambridge University Press, Cambridge, 2007.